HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN

HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.

HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN

HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.

UNTER MITWIRKUNG

DER HERREN

Prof. Dr. BRUNNER in Berlin, Prof. Dr. COHN in Heidelberg, Prof. Dr. GAREIS in Giessen, Prof. Dr. GRÜNHUT in Wien, Geh. Bergrath Prof. Dr. KLOSTERMANN in Bonn, Geh. Ober-Finanzrath KOCH in Berlin, Prof. Dr. KÖNIG in Bern, Prof. Dr. KUNTZE in Leipzig, Prof. Dr. LASTIG in Halle a. S., Prof. Dr. LEWIS in Berlin, Justizrath PRIMKER in Berlin, Rechtsanwalt Dr. REATZ in Giessen, Prof. Dr. REGELSBERGER in Breslau, Prof. Dr. SCHOTT in Kiel, Prof. Dr. SCHROEDER in Würzburg, Ministerialrath Dr. Freiherr von VÖLDERNDORFF in München, Prof. Dr. WENDT in Jena, Prof. Dr. WESTERKAMP in Marburg, Prof. Dr. WOLFF in Göttingen

HERAUSGEGEBEN

VON

DR. W. ENDEMANN,

ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT BONN

DRITTER BAND.

BUCH III. DIE HANDELSGESCHÄFTE;

ABSCHNITT 3—12.

LEIPZIG,

FUES'S VERLAG (R. REISLAND).

1885.

Vorwort.

Mit dem Schluss des dritten Bandes ist endlich das Handbuch fertiggestellt. Aus mancherlei Gründen, wie sie sich bei der Vertheilung des Stoffs auf eine Mehrzahl von Mitarbeitern leicht ergeben, hat sich die Vollendung weit über Erwarten verzögert. Bei den Schwierigkeiten, die sich bei der Bearbeitung des dritten Bandes erhoben, erschien es angemessen, den vierten Band vor dem dritten hinauszugeben. Innerhalb des dritten Bandes hat nun in der Hoffnung, dadurch die raschere Ausführung des Unternehmens zu befördern, einige Veränderung in der Reihenfolge der Abschnitte stattgefunden.

Vorsorglich wird bemerkt, dass die Vertheilung des Stoffs in dem Abschnitt 11 auf besonderer Uebereinkunft der beiden Herren Mitarbeiter beruht, gegen die der Herausgeber etwas einzuwenden keine Ursache zu haben glaubte.

Das ausführliche Sachregister zu Bd. 1—3 ist beigegeben.

Seit der erste Band an das Licht getreten war, hat das Recht der Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften durch das Gesetz vom 18. Juli 1884 eine erhebliche Umgestaltung erfahren. Es ist deshalb die Umarbeitung der betreffenden Abschnitte in Aussicht genommen worden. Sie wird demnächst als Nachtrag zu dem Werke erscheinen.

Bonn im Juni 1885.

Der Herausgeber.

Inhaltsverzeichniss

zum dritten Band.

Drittes Buch.

Die Handelsgeschäfte.

(Abschnitte 1, 2 s. in Bd. 2.)

Abschnitt 3.

Die Börsengeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.)

Abschnitt 4.

Die Lotterie- und Ausspielgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg.)

Abschnitt 5.

Bearbeitung und Verarbeitung.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Endemann in Bonn.)

Abschnitt 6.

Mäkler- und Kommissionsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.)

Abschnitt 7.

Das Transportgeschäft.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Schott in Kiel.)

Abschnitt 8.

Die Haftpflicht.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Westerkamp in Marburg.)

Abschnitt 9.

Die Verlagsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Geheimen-Bergrath Professor Dr. Klostermann in Bonn.)

Abschnitt 10.

Die Versicherungsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. König in Bern.)

Abschnitt 11.

Die Kreditgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg und theilweise, II D und E, von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.)

Abschnitt 12.

Die Zahlungsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg.)

Berichtigung zu § 451 Not. 61 und zu § 454 vor Not. 112. Die Bestimmung des § 281 Preuss. A. L.R. I, 16 ist durch §§ 76 ff. der R.Civ.Pr.O. modifizirt; die schriftliche Anweisung resp. der Check ersetzt die Prozessvollmacht nicht. Dieser Ansicht ist R. Koch; vgl. auch Förster-Eccius § 95 Not. 25.

Abschnitt 3.

Die Börsengeschäfte.[1])

(Von Herrn Professor Dr. Grünhut zu Wien.)

I. Die Börsengeschäfte im Allgemeinen.

§ 277.

Begriff der Börsengeschäfte. Bedeutung der Börsen.

Unter Börsengeschäften versteht man die an einer Börse über Verkehrsgegenstände der betreffenden Börse abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. **Börse** ist derjenige Ort (das Gebäude oder der offene Platz), an welchem sich mit öffentlicher Genehmigung die Kaufleute, Handelsmäkler und andere am Handelsverkehre betheiligte Personen des betreffenden Handelsplatzes zu einer bestimmten Zeit versammeln, um Handelsoperationen zu besprechen, einzuleiten und abzuschliessen. Mit dem Worte **Börse** bezeichnet man im Handelsverkehre zuweilen auch den Preis (Kours), den die an dem bezeichneten Orte gehandelten Verkehrsgegenstände zu einer bestimmten Zeit haben; in diesem Sinne spricht man von einer flauen, einer steigenden oder fallenden Börse. Unter **Börse** versteht man auch sowohl die jeweilige Versammlung der Börsenbesucher, als auch den Verein der Börsenbesucher als Ganzes, die Börsenkorporation.

Wie immer man über den Einfluss der Börsen vom moralischen und sozialen Gesichtspunkte aus denken mag, so viel ist gewiss, dass der in den Börsen dem

[1]) Literatur: Bender, Der Verkehr mit Staatspapieren (2. Ausg. Göttingen 1830), Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren (Göttingen 1835), ders. H.R. (6. Aufl.) §§ 285 bis 294, § 307, Brinckmann, H.R. § 89, § 90, Ladenburg in Z. f. H.R. Bd. III S. 416 fg., ders. in Buschs Arch. Bd. XX S. 421 ff., Gad, H.R. §§ 126, 127, Endemann, H.R. § 119—121, Gareis im Arch. f. d. W. u. H.R. Bd. XVIII S. 123 fg., ders. H.R. (Berlin 1880) S. 312—322; Grünhut in der Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht der Ggwrt. Bd. II S. 535—546, 581—613. Besonders reich ist die französische Literatur; hervorzuheben sind: Mollot, Bourses de commerce 2 Bde. III. ed. (Paris 1853), Jeanotte-Bozérian, La bourse, ses opérateurs et ses opérations 2 Bde. (Paris 1859), Guillard, Les opérations de bourse II. ed. (Paris 1877).

Handelspublikum eröffnete **besondere Markt** als ein ökonomisch ausserordentlich wichtiger Hebel erscheint, um den Handelsverkehr zu befördern und demselben durch die gehörige Ausdehnung und Vielheit der Handelsoperationen die wünschenswerthe Vollkraft zu verschaffen. In der That sind auch die Börsen als natürliche Schösslinge aus dem Handel hervor- und mit dem Handel emporgewachsen und zwar sind sie zunächst aus den kaufmännischen Gilden und Handelsinnungen des Mittelalters hervorgegangen.[1a]) Diese errichteten auf den Plätzen, auf welchen die nundinae (foires) abgehalten wurden, in früher Zeit eigene Niederlagen, Packhöfe, Kaufhäuser, in und vor welchen die kaufmännischen Geschäfte am lebhaftesten betrieben wurden. So hatte jede für den Handel wichtigere Stadt Italiens seit dem 13. Jahrhundert ihre Loggia und ihre Mercati; aus den Versammlungen, welche daselbst — übrigens mit vereinzelten Ausnahmen bis zum 16. Jahrh. ohne offiziellen Karakter — abgehalten wurden (Loggie, Broletti, Collegi), entwickelten sich die heutigen Börsen.[2]) Der Name Börse scheint aus Belgien zu stammen und dürfte wohl darauf zurückzuführen sein, dass die Kaufleute der Stadt **Brügge**, welche als die damalige Handelsmetropole Flanderns schon im 13. Jahrh. ihre Börse gehabt zu haben scheint, vor dem Hause eines Gildegenossen Namens **Van der Burse** und in der darnach benannten Strasse ihre Versammlungen hielten und dass über der Eingangsthür des Versammlungslokales im Gebälke des Vordergiebels ein aus drei Börsen bestehendes Wappen ausgemeisselt war.[3]) Von Brügge zog sich der Handel im 16. Jahrh. nach **Antwerpen**, wo 1531 eine Börse errichtet wurde. Zu den ältesten Börsen gehört auch die von **Lyon**, welche jedenfalls schon vor 1549 bestand, da sie in dem die Börse von **Toulouse** errichtenden Edikt von 1549 bereits erwähnt wird; es folgt im Jahre 1556 **London**, 1558 **Hamburg**, 1608 **Amsterdam**, 1724 **Paris**, 1771 **Wien** u. s. w.[4])

Es liegt am Tage, dass schon die örtliche und zeitliche Vereinigung vieler Personen an und für sich, welche alle von dem Bestreben erfüllt sind, Offerten zu Handelsoperationen zu stellen, und sich alle darauf vorbereitet halten, solche Offerten entgegen zu nehmen, in Verbindung mit dem thatkräftigen Eingreifen

---

[1a]) Schon im Alterthume bestand übrigens das Bedürfniss nach solchen örtlichen Vereinigungen von Kaufleuten. Vgl. Livius II 27.

[2]) Vgl. Bender, H.R. I 378, Pöhls, H.R. I 326, Fischer, Geschichte des deutschen Handels IV 844, Guillard in Clunets Journal du droit international privé (Paris 1877) IV. Bd. p. 307 ff., V. Bd. (1878) p. 146.

[3]) So Guicciardini, Belgium universum p. 108, 109 der franz. Uebers. (Antwerpen 1502), Savary dict. univ. de commerce Vo. Bourse, Holtius Voorlez. p. 157. Andere leiten den Namen Börse davon ab, dass in Italien, insbesondere in Florenz, die Versammlung der Bürgerschaft, welche die Obrigkeit zu wählen hatte, desshalb weil dabei die Stimmzettel in eine Börse gelegt wurden, la borsa dei cittadini und sodann auch die Versammlungen der Gilden borsa delle arti, borsa dei mercanti u. s. w. genannt wurden. Noch andere führen den Namen Börse auf das Sinnbild des Kaufhandels, eine Börse, wie sie Merkur in der Hand hielt, zurück. Vgl. J. C. Verhoeff, Jets over beurzen van koophandel (Utrecht 1862), § 2.

[4]) Vgl. Verhoeff l. c. § 4.

von zahlreichen in die wechselseitigen Bedürfnisse eingeweihten und an dem Abschlusse von Geschäften lebhaft interessirten Vermittlern nothwendig die Eingehung von vielen Operationen veranlasst, an welche man schwerlich gedacht hätte, wäre Jeder isolirt in seinem Geschäftslokal geblieben. So werden durch die Börsen zahlreiche Berührungspunkte geschaffen, viele Beziehungen angeknüpft, welche sich dann häufig erneuern, bis sie nach und nach zu dauernden werden.

Auf den Börsen als den Zentralsitzpunkten des Handelsverkehres, wo alle für den Handelsstand relevanten, aus den verschiedensten Quellen geschöpften Nachrichten zusammenfliessen, kann sich eine öffentliche Meinung des Handelsstandes herausbilden, welche den Grad des Vertrauens, den jeder Kaufmann einflösst und nach dem sich sein Kredit bemisst, um so genauer zu bestimmen vermag, als sich ja die Kaufleute täglich einander gegenübergestellt finden, sich also gegenseitig kennen und würdigen lernen. Bedenkt man ausserdem, dass die Börsen als Thermometer des öffentlichen Kredites eine hohe Bedeutung haben, so dürfte das aus Abneigung und Misstrauen hervorgehende Bestreben, die Börsen als Spielhöllen in Misskredit zu bringen, wo die einen nur damit beschäftigt sind, sich auf Kosten der anderen zu bereichern, als eine ungerechtfertigte Einseitigkeit erscheinen.

Die Börsen werden in Deutschland und Oesterreich als freie Vereinigungen behandelt, welche zur selbstthätigen Herstellung gewisser die Sicherheit und Blüthe des Verkehrs verwirklichenden Bedingungen durch die Verkehrtreibenden selbst auf dem Wege der Selbstverwaltung mit öffentlicher Genehmigung gegründet werden.[5])

Das österreichische Recht, welches für Börsengeschäfte Bestimmungen von grosser Tragweite aufstellt (§§ 13, 14, 15, Ges. v. 1. April 1875), hat den Begriff der Börsengeschäfte näher umschrieben und auf jene Geschäfte beschränkt, welche im öffentlichen Börselokale in der gesetzlichen Börsenzeit über Verkehrsgegenstände geschlossen werden, welche an der betreffenden Börse gehandelt und notirt werden dürfen (§ 12 cit).

Zum Vorhandensein eines Börsengeschäftes im eigentlichen Sinne ist daher nach österreich. Recht erforderlich:

1. Abschluss an einer Börse, d. h. im öffentlich genehmigten Börsenlokal und in der gesetzlichen Börsenzeit. Die an sog. Winkelbörsen,[6]) d. h. in nicht genehmigten Börsenlokalen oder zwar an genehmigten Börsenlokalen, aber nicht während der genehmigten Börsenzeit abgeschlossenen Geschäfte sind keine Börsengeschäfte.

---

[5]) Vgl. preuss. Einf.G. zum H.G.B. A. III § 1, österreich. Ges. vom 1. April 1875, betr. die Organisirung der Börsen (s. in Z. f. H.R. Bd. XXI S. 255 fg.); ebenso in Frankreich und Italien. In Belgien wurde durch das Ges. v. 30. Dez. 1867 absolute Freiheit in der Errichtung von Börsen begründet. Guillard l. c. IV 309 V 148. Näheres über die Ordnung der Börsen bei Grünhut l. c. S. 537 fg. Viele Börsenordnungen (Berlin, Köln, Bremen, Danzig, Hamburg, Leipzig, Königsberg, Magdeburg, Memel, Tilsit, Stuttgart) sind in Z. f. H.R. zu finden.

[6]) Vgl. darüber Grünhut l. c. S. 539 ff. u. Not. 4.

2. Abschluss über Verkehrsgegenstände, welche für die betreffende Börse als solche von der zuständigen Autorität bestimmt sind. [7])

Die Frage, ob ein Börsengeschäft Handelsgeschäft sei, ist in **Deutschland** nach den allgemeinen Grundsätzen des H.G.B. (A. 271—273) zu beantworten. In **Oesterreich** gehören die Börsengeschäfte zu den absoluten Handelsgeschäften (§ 14 österr. Börsenges.).

Da auf den Börsen von den Besuchern bei den daselbst abgeschlossenen Geschäften einer gewissen Art aus den gleichen Beweggründen immer wieder gleiche Verabredungen eines bestimmten Inhaltes getroffen zu werden pflegen, so bilden sich allmälig Verkehrssitten, Usancen, heraus, welche als ein selbstverständlicher Theil eines Börsengeschäftes der betreffenden Art gelten.[8])

Das ursprüngliche Grundelement der meisten und wichtigsten Börsengeschäfte ist der Kauf und Verkauf; allerdings kann dieses Grundelement oft nur mit Mühe entdeckt und zu Tage gefördert werden; denn der Börsenverkehr hat aus diesem Grundelemente zahlreiche andere komplizirtere Formen hervorspriessen lassen, welche sich um den Kauf und Verkauf als das Grundgeschäft gruppiren, ihn verhüllen und unkenntlich machen.

Die Börsengeschäfte, durch welche Tag für Tag riesige Summen aus einer Hand in die andere versetzt, grosse Vermögen geschaffen und vernichtet werden können, werden oft als blos parasitische Geschäftsformen eines gesunden Verkehres betrachtet und haben, mit der allgemeinen Bezeichnung „Börsenspiel" zusammengefasst, unter dem Drucke der Vermuthung schwer zu leiden, als ob mit ihnen eine Nebenabsicht verknüpft wäre, welche das Tageslicht scheuen müsste. Nirgends als auf diesem Gebiete besteht auch heute noch ein grösseres Missverständniss zwischen den Anforderungen einer orthodoxen Rechtsanschauung und den stets in launenhaften Formen sich befriedigenden Bedürfnissen des Handelsverkehres.

---

[7]) Unter die Zulassung zur Kotirung Grünhut l. c. S. 546 u. Not. 10.

[8]) Diese Usancen sind für einzelne Börsen in besonderen Sammlungen redigirt. Vgl. Z. f. H.R., bes. Bd. XVIII, XXI, XXIII (Beilageband), die Usancen der Börsen in Berlin u. Wien.

II. Einzelne Börsengeschäfte.

§ 278.

A. Das Taggeschäft. Das feste Zeitgeschäft.

Das **Taggeschäft**, der Tageskauf und Verkauf ist ein Kaufvertrag, der in jeder Beziehung mit einem anderen kein Börsengeschäft ausmachenden Tageskauf und Verkauf auf gleicher Linie steht; [1]) das Geschäft soll, wenn es, wie in der Regel, zugleich Baarkauf, Komptantgeschäft, **Kassageschäft** ist, unmittelbar in die Lieferung des Kaufgegenstandes und Zahlung des Kaufpreises umgesetzt werden. Die Erfüllungszeit dieser Geschäfte wird übrigens durch die Börsenusance genauer bestimmt. [2]) Den Tag- und Kassageschäften stehen usancemässig die „auf morgen“ oder „auf einige Tage Lieferung“ geschlossenen Geschäfte gleich. [3]) Was die Art der Erfüllung betrifft, so sind die Tag- und Kassageschäfte im Zweifel direkt unter den Parteien und nicht im Wege der Börsen**liquidation** (des Börsen**arrangements**) zu erfüllen. [4])

Das **feste Zeitgeschäft**, Lieferungsgeschäft, ist ein Kaufvertrag, dessen Erfüllung bis zu einer gewissen „fixen“ Zeit nach dem Abschluss verschoben ist, zu welcher Zeit dann erst die Lieferung des Kaufgegenstandes und in der Regel auch die Zahlung des Kaufpreises erfolgen sollen.

---

[1]) In Frankreich ist streitig, ob die Gültigkeit dieses Geschäftes dadurch bedingt sei, dass dem Agent de change die verkauften Papiere und die zur Zahlung nothwendige Summe vorher zugestellt worden. Für die Nothwendigkeit der remise préalable Bozérian l. c. Nr. 240; dagegen Guillard p. 142—148.

[2]) So sind gemäss den Wiener Börsenusancen v. 1. Mai 1879 § 4a Kassageschäfte an dem auf den Abschlusstag nächstfolgenden Werktage zu erfüllen, sofern sie an der Früh- oder Mittagsbörse, am zweitfolgenden Werktage aber, wenn sie an der Abendbörse oder an einer Sonn- oder Feiertagsbörse abgeschlossen sind. Gemäss den Berliner Börsenusancen § 11 A (Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 502) sind Kassageschäfte entweder am Nachmittage desselben Tages, an dem sie geschlossen sind, oder am Vormittage des nächstfolgenden Börsentages zu reguliren.

[3]) Berliner Börsenusancen § 11 A in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 507; gemäss den Wiener Börsenusancen von 1879 § 4 c sind Geschäfte „auf einige Tage Lieferung“ längstens am fünften Tage nach dem Abschlusstage zu erfüllen.

[4]) Wiener Börsenusancen v. 1879 § 4 a, b.

Im Börsenverkehre kann auf Zeit gewöhnlich nur über eine bestimmte Quote oder über eine bestimmte Nominalsumme von Papieren, Münzsorten u. s. w. abgeschlossen werden;[4a]) die Abrechnung und Liquidation werden dadurch wesentlich erleichtert.

Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Erfüllung der Zeitgeschäfte im Wege der Börsenliquidation (des Börsenarrangements) erfolgen soll.[5]) Sowohl um die Gefahr zu vermindern, welche in demselben Maasse wächst, als die Erfüllungszeit hinausgeschoben ist, als auch um die Ausgleichung unter den Kontrahenten zu vereinfachen, bestehen zuweilen besondere Liquidationstermine mit der Bedeutung, dass man an der Börse auf Zeit nur in Liquidation kaufen und verkaufen kann.[6])

Die Erfüllungszeit der Zeitgeschäfte wird durch die Börsenusance genauer bestimmt.[7])

Die Zeitgeschäfte werden entweder **fest** oder gegen **Prämie** abgeschlossen; **fest (fermes)**, wenn beide Kontrahenten derart gebunden sind, dass es weder in der Wahl des einen noch des anderen steht, sich von der eingegangenen Verpflichtung (zur Lieferung des Kaufobjektes oder zur Zahlung des Kaufpreises) ganz zu befreien oder diese Verpflichtung auch nur zu modifiziren; gegen **Prämie (libres** oder **à prime)**, wenn es der einen oder anderen Partei in einem vereinbarten späteren Zeitpunkte (Stichtage) freigestellt ist, sich durch Bezahlung einer im voraus als Aequivalent für das Wahlrecht direkt oder indirekt bestimmten Summe, der Prämie, von der eingegangenen Verpflichtung ganz oder zum Theil loszumachen oder die Erfüllung derselben zu modifiziren.

Es ist klar, dass ein Zeitgeschäft, welches der ernstlichen Absicht der Parteien, Börsenverkehrsgegenstände anzuschaffen oder zu veräussern, seine Entstehung verdankt, juristisch untadelhaft ist; jeder der beiden Kontrahenten hat eine verschiedene Ansicht rücksichtlich des wahrscheinlichen Preises am Lieferungs- oder Empfangstage und baut auf diese Ansicht ein juristisch durchaus erlaubtes Spekulationsgeschäft. Der Spekulant auf das Fallen (à la baisse) der

---

[4a]) Gemäss den Wiener Börsenusancen v. 1879 § 15 beträgt ein Börsenschluss in Effekten (es sei Kassa- oder Zeitgeschäft) je nach der verschiedenen Art der Effekten 5000 fl. Nominale, resp. 25 Stück; über Börsenschlüsse in Münzsorten § 17 cit.

[5]) Wiener Börsenusancen v. 1879 § 4 d, Berliner Börsenusancen § 4 (l. c. S. 503).

[6]) Guillard p. 46. In Frankreich fin courant oder fin prochain.

[7]) Sie sind in Wien (Börsenusancen v. 1879 § 4 d) bei direkter Erfüllung an dem auf den Fälligkeitstag nächstfolgenden Werk- und Börsentage zu erfüllen, bei Erfüllung auf dem Wege des Arrangements an dem Tage der Fälligkeit, eventuell an dem unmittelbar vorangehenden Aufgabstage zum Arrangement aufzugeben. In Berlin (§ 12 l. c. S. 309) sind Geschäfte „fix“ an dem in dem Schlusszettel festgesetzten Tage zu erfüllen. Bei Geschäften „fix und täglich“ muss der Käufer spätestens an dem im Schlusszettel festgesetzten Endtermine abnehmen, kann aber schon früher, sobald das Geschäft „täglich“ geworden ist, kündigen, worauf an demselben oder dem nächstfolgenden Börsentage, resp. nach Ablauf der Kündigungsfrist zu liefern ist. Bei Geschäften „mit Ankündigung fix und täglich“ verhält es sich ebenso in Ansehung des Verkäufers, der spätestens an dem Endtermine liefern muss, aber schon vorher dem Käufer ankündigen, sich zur Lieferung bereit erklären kann.

Preise (Contremineur, baissier, bull) hat ein Interesse daran, den Preis der verkauften Waare zu drücken, damit er dieselbe zu niedrigerem Preise ankaufen könne oder am Tage der Lieferung mit dem vereinbarten höheren Preise als dem Tagespreise bezahlt erhalte; der Spekulant auf das Steigen (à la hausse) der Preise (Liebhaber, haussier, bear) wünscht nicht minder lebhaft die Erhöhung des Preises der gekauften Waare, damit er nicht genöthigt sei, am Empfangstage für die gekaufte Waare in dem vereinbarten Preise mehr zu bezahlen, als in dem Börsenpreise des betreffenden Tages ausgedrückt ist. In dieser Sachlage liegt nun der Anreiz zu allerlei unlauteren Kunstgriffen,[8]) um auf den reellen, das Verhältniss von Angebot und Nachfrage wahrhaft ausdrückenden Preis ungehörigen Einfluss zu nehmen und an Stelle desselben einen fingirten Preis zu setzen (agiotage, tripotage); es verhält sich aber in dieser Beziehung bei dem Zeitgeschäfte als Börsengeschäfte nicht anders als bei jedem anderen Kauf mit beigefügtem Lieferungstermin, wenn auch die Börsenroutine die Manöver, durch welche dem einseitigen Interesse auf das Steigen oder Fallen künstlich in die Hand gearbeitet werden kann, besonders ausgebildet hat: gegen solche absichtliche Störungen des natürlichen Laufes der Kourse kommen die allgemeinen Grundsätze über dolus zur Anwendung.

§ 279.

B. Das Differenzgeschäft. Die Börsenliquidation (das Börsenarrangement).

Unter der Maske des Zeitgeschäftes verbirgt sich das Börsenspiel; das Zeitgeschäft lässt nämlich der Möglichkeit Raum, dass ein wirklicher Umsatz der Verkehrsgegenstände (eine Lieferung oder Abnahme) gar nicht vor sich geht, ja nicht einmal beabsichtigt war, dass sich die Parteien nur durch Bezahlung der Differenz zwischen dem am Lieferungs-(Stich)tage herrschenden und dem verabredeten Preise (Kourse) gegenseitig verrechnen und das Zeitgeschäft eigentlich blos als Ausgangspunkt für ein Doppelspiel auf das Steigen und Fallen der Preise (Kourse) missbrauchen wollen; um die Waare, das Papier selbst, ist es ihnen gar nicht zu thun; Waare, Papier sind nicht das bestimmende Objekt der eingegangenen Operation, sondern nur das Instrument, vermittelst welches in den beiden Chancen der Hausse und Baisse von den Parteien eine Gelegenheit zum Gewinne gesucht wird.

Man könnte geneigt sein, dem Missbrauche, zu welchem auf diese Weise

---

[8]) Berüchtigt ist das als étranglement oder accaparement (in England „rigging the market") bezeichnete Börsenmanöver; der Käufer sichert sich im voraus den Besitz des grössten Theiles einer Papiergattung; hierauf kauft er auf Zeit mehr Papiere, als nun wirklich auf dem Markte noch existiren; die Verkäufer finden dann später, wenn sie liefern sollen, ihrerseits nur schwer Jemanden, der ihnen liefern kann, müssen daher die ihnen vom Käufer auferlegten drückenden Preise bezahlen. (Bravard-Veyrières dr. comm. II. p. 144; Bozérian l. c. Nr. 121). — In England gilt jede Vereinigung, welche in der Absicht eingegangen wird, den Preis von Effekten in die Höhe zu treiben oder herab zu drücken, als an indictable offence. (Lindley partnership p. 730).

das Zeitgeschäft unleugbar Anlass geben kann, durch das gänzliche Verbot der Zeitgeschäfte ein Ende zu machen; allein das Zeitgeschäft bildet das wesentliche Nahrungsmittel eines jeden grösser angelegten Handelsverkehres; wären die Kaufleute dazu gezwungen, nur dasjenige zu verkaufen, was sie sofort zu liefern, nur dasjenige zu kaufen, was sie sofort zu bezahlen im Stande sind, so müsste sich der Handel in dem allerengsten Kreise bewegen. Die Erfahrung lehrt übrigens, dass ein solches Verbot auch unwirksam wäre; wohlberechtigte Forderungen des praktischen Lebens lassen sich nicht durch gesetzliche Bestimmungen unterdrücken; die Verkehrstreibenden waren stets findig genug, um für jene Handlungen, mit welchen sie ausserhalb des Rechtsbereiches zu flüchten gezwungen waren, eine Form auszudenken, welche sie in jeder Beziehung zu decken geeignet war. Damit aber, dass man die lebendige Praxis zwingt, systematisch zur Simulation zu greifen, von der sich Niemand täuschen lässt, und vor welcher doch Jedermann ehrerbietig vorübergehen muss, ist nichts gewonnen.[1])

[1]) Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung die Geschichte der Zeitgeschäfte in Frankreich; sie zeigt am besten die Ohnmacht des Gesetzgebers, welcher die Praxis des Verkehrslebens zur untergeordneten Magd des Gesetzes machen zu können glaubt. Schon das Edikt vom 24. September 1724 will der Diskreditirung der Effekten durch simulirte Verkäufe derselben dadurch vorbeugen, dass es den beiden agents de change, deren Mitwirkung bei dem Geschäftsabschluss für obligatorisch erklärt wird, verbietet, früher zu handeln, als bis der eine mit den zu verkaufenden Papieren, der andere mit dem Kaufpreise versehen worden ist; allein trotz dieser gesetzlichen Vorsichtsmaassregel dauern die Klagen über agiotage fort; die Verordnung vom 7. August 1785 begnügt sich damit, blos jene Zeitgeschäfte, bei denen der Verkäufer die Papiere nicht bei dem agent de change oder bei einem Notar (Verordnung vom 2. Oktober 1786) deponirt hat, für nichtig zu erklären. Der von dem Käufer verwendete Sensal brauchte also nicht mehr mit dem Kaufpreise versehen zu werden; nur Lieferungsverkäufe sollten hintangehalten, à la hausse durfte demnach spekulirt werden. Der Verkehr half sich durch Elusion der gesetzlichen Bestimmung (fingirte Depôts, geheime Reverse) bei anscheinendem Gehorsam gegen den Buchstaben des Gesetzes. In der dolose Spekulationen besonders begünstigenden finanziellen und sozialen Krise der Revolutionszeit griff man sogar wieder auf die Grundsätze von 1724 zurück. Das Dekret vom 28. Vendém. IV erklärte alle Prämien- und Zeitgeschäfte überhaupt, also auch die im Jahre 1785 zugelassenen Lieferungskäufe, für verboten; das Verbot wurde natürlich nicht befolgt, daher von dem Direktorium (Ges. v. 20. Vent. IV und das dazu gehörige réglement v. 2. Vent. V) erneuert; durch Verordnung vom 27. prair. X wurde den agents de change von Neuem aufgetragen, sich von Seite ihrer Auftraggeber die zu verkaufenden Papiere, resp. den zu bezahlenden Kaufpreis zustellen zu lassen; allein die Bedürfnisse des Verkehres erwiesen sich mächtiger als das Gesetz; an der Börse schloss man nach wie vor Zeitgeschäfte, ohne die gesetzlichen Bedingungen zu erfüllen; der Gesetzgeber machte sich die Lehren der Erfahrung zu Nutze und gab den vergeblichen und aussichtslosen Kampf gegen eine Verkehrsübung auf, welche allen Widerstand überwunden hatte. Der code pénal art. 422 beseitigt das Erforderniss der vorausgehenden Deponirung und erklärt die Negociirung von Effekten für gültig, auch wenn der Verkäufer sie im Augenblick des Vertragsabschlusses noch nicht in seiner Verfügung hatte, auch wenn er sie erst zur Zeit der Lieferung anschaffen muss. Bei der Berathung, bei welcher die Parteigänger des früheren Zustandes den ohne vorausgegangene Deponirung geschehenen Verkauf als stellionat erklärt haben wollten, fragte Napoleon, welcher den Vorsitz führte, den zur Konferenz zugezogenen Syndikus der Pariser agents de change um seine Ansicht in dieser Sache: dieser gab die folgende,

Die meisten Gesetzgebungen unterscheiden zwischen reellen und simulirten Zeitgeschäften; jene sollen gültig und wirksam, diese, die sog. **Differenzgeschäfte**, d. h. jene Geschäfte, bei denen die Parteien blos die Differenz des Preises (Kourses) des Kaufgegenstandes zu zwei verschiedenen Zeitpunkten ausbedingen, das Recht auf reelle Lieferung resp. Abnahme und auf Zahlung aber vertragsmässig ausschliessen,[2]) nach ihrer wahren Natur als Spiel oder Wette beurtheilt werden. Bekanntlich steht der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette keineswegs unbestritten fest.[3]) Das Kriterium der Wette wird in der Regel darin gefunden, dass zwei über irgend einen Umstand entgegengesetzte Meinungen hegende Parteien die Uebereinkunft schliessen, dass diejenige, deren Meinung sich als unbegründet herausstellen werde, irgend einen Vermögenswerth zu leisten habe; das Kriterium des Spieles darin, dass ausser und neben dieser Verabredung eine Thätigkeit, sei es von den Parteien selbst oder von dritten Personen, entfaltet werde, um den von den Parteien beabsichtigten Erfolg im Sinne der einen oder der anderen herbeizuführen. Sowohl beim Spiel, als auch bei der Wette verabreden die Parteien unter Bedingungen von entgegengesetztem Inhalte etwas zu verlieren; in der thatsächlichen äusseren Erscheinungsform herrscht in beiden Fällen häufig die grösste Uebereinstimmung und Gleichartigkeit; daher die Schwierigkeit der Unterscheidung. Das Spiel ist nun aber an und für sich überhaupt kein Rechtsgeschäft, sondern wird es erst durch den daran geknüpften Vertrag, durch welchen die unterliegende Partei der siegenden einen Vermögenswerth verspricht, also jede von beiden Parteien sich im Falle des Eintretens oder Nichteintretens eines bestimmten, für die Parteien noch ungewissen, nur zum Spielzweck erfundenen Thatumstandes verpflichtet, an die andere etwas zu

entscheidend wirkende Antwort: Würde der Wasserträger, welcher mir das Wasser ins Haus bringt, ein stellionat begehen, wenn er mir anstatt des einen Fasses Wasser, das er gerade bringt, zwei Fass Wasser verkaufte? Offenbar nicht, denn er ist stets sicher, in dem Fluss zu finden, was ihm noch fehlt; wohlan, auf der Börse findet man einen Effekten-Strom (il y a à la bourse une rivière de rentes). Die Frage ist übrigens streitig (vgl. Guillard l. c. p. 149 fg.); manche behaupten, dass der code pénal nur auf die Qualifikation des Zeitgeschäftes als Delikt Bezug habe, und halten an der Ungiltigkeit der Zeitgeschäfte ohne vorausgegangene Deponirung auch heute noch fest. (Bozérian l. c. Nr. 297. — Dagegen Bédarride dr. comm. l. c. II Nr. 86 fg. Troplong contr. aléat. Nr. 123 bis 124). — Andere unterscheiden je nach der Absicht der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses; die ernstlichen Zeitgeschäfte werden aufrecht erhalten, nur jene, welche zur Verhüllung eines Spieles auf das Steigen oder Fallen dienen, für ungültig erklärt. So Mollot l. c. Nr. 450. Für die absolute Gültigkeit der Zeitgeschäfte Guillard l. c. p. 149 fg. Vgl. über andere fremde Gesetzgebungen Grünhut l. c. Not. 55 S. 586 fg. In Belgien ist die Gültigkeit der Zeitgeschäfte jetzt ausser Zweifel. Guillard l. c. IV 329 fg.

[2]) R.O.H.G. VI Nr. 48, S. 224, IX Nr. 59 S. 201, XIV Nr. 89 S. 273, XV Nr. 78, S. 279.

[3]) Vgl. bes. Wilda in d. Z. f. deutsches Recht II S. 133—193, VIII S. 200—239. Thöl, Verkehr S. 235—272, ders., H.R. (6. Aufl.) § 307, Bruck, Ueber Spiel und Wette (1868), Krügelstein, Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel u. Wette (1869), Schuster, Das Spiel (Wien 1878) S. 215 fg., Windscheid, P. § 419, Gerber, Deutsch. P.R. §§ 193, 194, Dernburg, Preuss. P.R. II § 158, Stobbe, Deutsch. Priv. III § 193.

verlieren. Der juristische Kern des Spieles liegt also in der über den Ausgang desselben geschlossenen Wette; während aber die Wette ohne Spiel nicht um ihrer selbst willen, sondern aus dem Grunde eingegangen wird, um eine Meinungsverschiedenheit zu entscheiden, welche für den die unrichtige Behauptung, den ungerechtfertigten Widerspruch Vorbringenden eine Geldstrafe zur Folge hat, so wird bei dem Spiel die Wette an das Spiel um des Spieles willen geknüpft, um das Spiel als Selbstzweck zu verfolgen. Juristisch aber ist eine Unterscheidung von Spiel und Wette unnöthig; beide sind vielmehr gleichzustellen und denselben Rechtsregeln zu unterwerfen.

Das **Differenzgeschäft** kann nun aber weder als Spiel noch als Wette angesehen und behandelt werden.[4]) Mag immerhin behauptet werden, dass das Motiv der Betheiligten zum Abschluss des Differenzgeschäftes darin gelegen sei, zu wetten oder zu spielen, so bleibt dies doch stets sehr zweifelhaft und geht keineswegs **objektiv** aus dem Inhalt der Vereinbarung selbst und unmittelbar hervor.

Die Fälle aber, in welchen Differenzgeschäfte nur in der Absicht eingegegangen werden, um den gesetzlichen Bestimmungen über Spiel und Wette zu entgehen, bilden in Wahrheit eine seltene Ausnahme im Börsenverkehre, und wenn auch durch das Differenzgeschäft materiell dasselbe Resultat erreicht werden kann, wie durch das Spiel oder die Wette, so dürfen sie doch nicht mit einander identifizirt werden. Dort, wo verschiedene juristische Wege zu demselben Ziele führen und nur die Betretung des einen Weges verboten wird, muss es, vorausgesetzt, dass weder das Ziel selbst als ein rechtswidriges angesehen, noch dass animus (consilium) fraudandi als vorhanden angenommen werden kann, den Parteien vermöge der Freiheit ihres obligatorischen Willens gestattet sein, einen anderen ihnen passend scheinenden, nicht verbotenen Weg zu wählen, und man darf es ihnen dann nicht zur Last legen, dass sie nicht

---

[4]) Thöl, H.R. § 307, Verkehr S. 237, 248, 268, Gareis, H.R. § 62 S. 314, Krügelstein S. 70, Dernburg l. c. S. 370, Ladenburg in Z. f. H.R. III S. 457 fg., ders. in Buschs Arch. XIV S. 8 fg., Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 236 (Ob.A.G. Berlin 1868). „Das Differenzgeschäft kann nicht als Spiel angesehen werden, weil dieses voraussetzt, dass unter Mitwirkung der Theilnehmer in einem nach gewissen Regeln bestimmten Verfahren ein im Näheren vom Zufall abhängiger Umstand herbeigeführt werde, der über Gewinn und Verlust entscheidet, während es bei dem Differenzgeschäft an der mitwirkenden Thätigkeit der Theilnehmer und einer Spielregel fehlt, das entscheidende Moment vielmehr sich durch äussere, der Einwirkung der Theilnehmer entzogene Umstände vollzieht; als Wette nicht, weil das für diese charakteristische Merkmal, die in dem Eintritt oder Vorhandensein des betreffenden Thatumstandes gesuchte Bewährung einer aufgestellten Behauptung, fehlt." Stobbe l. c. § 193 III Not. 37, Guillard S. 174, 241—255. Anderer Ansicht Brinckmann, H.R. § 89 Not. 6, § 90 Not. 6, Gad, H.R. S. 260, Windscheid, P. II § 419 Not. 3, Beseler, Deutsch. P.R. § 229, Silberschlag in Gruchots Beitr. zur Erl. des preuss. R. II (1858) S. 20 f. u. dazu die Nachschrift Gruchots S. 26—35 mit einer sorgfältigen Zusammenstellung der älteren Ansichten; Foerster, Preuss. P.R. (3. Aufl.) II § 128 Not. 81, § 133 Not. 17, Brauer in Buschs Arch. VIII S. 448 fg. (für das badische Recht) XV S. 343; vgl. auch für das sächsische Recht R.O.H.G. XVII Nr. 68 S. 322, XXI Nr. 31 S. 99, ebd. Nr. 35 S. 104.

gerade den verbotenen Weg betreten wollten. Allerdings hätten die Parteien, statt ein Differenzgeschäft abzuschliessen, eine Wette eingehen oder spielen können, allein sie haben eben das Letztere nicht gethan, sie haben ihr Geschäft, wie immer man über die ethische Natur desselben urtheilen mag, in die juristisch unanfechtbare Form eines ernsten Geschäfts gekleidet und es geht demnach nicht an, dessenungeachtet die nur für die Form des Spieles und der Wette gegebenen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung zu bringen.

Das Differenzgeschäft ist vielmehr ein prinzipiell von anderen Zeitgeschäften nicht verschiedenes Zeitgeschäft, welches aber simultan, uno actu, mit zwei Nebenverträgen verknüpft wird, dem einen Nebenvertrage des Inhaltes, dass zwischen denselben Parteien, welche je eine verschiedene Spekulationstendenz verfolgen, ein Zeitgeschäft in entgegengesetzter Richtung abgeschlossen wird und einem zweiten Nebenvertrage, welcher die Ausgleichung der gegenseitigen Verpflichtungen, soweit diese einander decken, durch Kompensation feststellt. In Folge dieser beiden Nebenverträge hat einerseits der Verkäufer bei diesem Zeitgeschäfte sowohl im Falle des Steigens als auch des Sinkens des Kourses die verkaufte Waare zu dem Kourse des entscheidenden Stichtages zurückgekauft und erscheint daher von der Lieferungspflicht durch Kompensation befreit und ist andererseits der Verkäufer verpflichtet, resp. berechtigt, gegen seine aus dem Hauptvertrage erworbene Forderung auf den Kaufpreis den nunmehr seinerseits aus dem Nebenvertrage geschuldeten Kaufpreis in Aufrechnung zu bringen, so dass er nur den Unterschied beider Kaufpreise im Falle des Sinkens des Kourses zu beanspruchen berechtigt, im Falle des Steigens des Kourses zu bezahlen verpflichtet ist.

Die Kompensation ist demnach der juristische Behelf, durch welchen das Geschäft unter Erreichung des ökonomischen Zweckes der Parteien sich in eine einfache Differenzzahlung aufzulösen vermag, ohne dass das eigentliche Kaufobjekt körperlich geliefert oder genommen zu werden braucht; im Prinzip muss aber auch hier wie bei jedem Kaufvertrage der Käufer die Zahlung leisten, der Verkäufer die Lieferung vornehmen, nur dass hier die Parteien, um sich von den gegenseitigen Verpflichtungen so weit als möglich zu befreien, zwei Nebenverträge abgeschlossen haben, durch welche sie bewirkten, dass sie ihre beiderseitigen Verpflichtungen im Wege der Kompensation der einen Operation durch die andere lösen und ohne effektive Lieferung und Abnahme auseinandergehen konnten. Die vereinbarte Kompensation hat, soweit die beiderseitigen Guthaben einander decken, den Karakter der wirklichen Erfüllung[5]) und wirkt insoweit liberatorisch; die Vereinbarung dieses besonderen modus solvendi kann aber nicht als genügender Grund gelten, um trotz des juristisch korrekten Gepräges des Geschäftes dessen ernstlichen Karakter in Zweifel zu ziehen. Die Annahme, dass das Differenzgeschäft von dem Zeitgeschäfte nur die Hülle der äusseren Form erborgt hat — colorem habet, substantiam vero alteram — dass die

---

[5]) Dedisse intelligendus est etiam is qui permutavit vel compensavit l. 76 D. de V. S. 50, 16.

Parteien in der That als Wette oder Spiel beabsichtigt, was sie dem äusseren Scheine nach als Kauf abgeschlossen haben, steht auch mit den thatsächlichen Erscheinungen des Börsenverkehres und der Auffassung des Handelsstandes in direktem Widerspruch.

Dies wird vollends klar, wenn man den Mechanismus der sog. **Börsenliquidation** (des **Börsenarrangements**) einer näheren Betrachtung unterzieht.[6]) Dieser Mechanismus beruht einerseits darauf, dass die Arbeit der Börsenspekulanten in der Zwischenzeit zwischen einem Liquidationstermine (settling day, account day, fin) und dem folgenden fortwährend darauf gerichtet ist, Börsenoperationen in entgegengesetzter Richtung (Verkäufe, Käufe) einzugehen, und andererseits darauf, dass es jedem Verkäufer schon damit gedient ist, wenn er nur den Kaufpreis, jedem Käufer, wenn er nur das Kaufobjekt erhält. Als Käufer müsste A., um den mit B. geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, das Kaufobjekt gegen Bezahlung des Kaufpreises übernehmen; als Verkäufer müsste A., um den mit C. über ein gleiches Kaufobjekt geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, das Kaufobjekt gegen Empfang des Kaufpreises liefern. Anstatt dass nun das Kaufobjekt aus der Hand des B. in die des A. und aus der Hand des A. wieder in die des C. übertragen wird, kann eine Lieferung des Kaufobjektes gespart werden, dadurch, dass sich A. den C. als Delegatar und den B. als Delegaten substituirt, also das Kaufobjekt direkt von seinem Schuldner B. an seinen Gläubiger C. gelangen lässt. Was den Kaufpreis betrifft, so wird, um die Ausgleichung leichter ausführbar zu machen, fingirt, dass A. zu demselben vor der Skontration in bestimmter Weise zu ermittelnden, möglichst abgerundeten Preise (**Kompensations-**, **Liquidations-**)Preis(-Kours)[7]) mit B. wie mit C. kontrahirt habe; anstatt dass der Kaufpreis von C. an A. und von A. an B. bezahlt wird, kann eine Zahlung gespart werden dadurch, dass sich A. den B. als Delegatar und den C. als Delegaten substituirt, also den C. direkt an den B. bezahlen lässt. In Wahrheit wird aber nur selten der Kauf mit B. und der Verkauf mit C. zu dem gleichen Kourse von A. abgeschlossen worden sein; meist wird A. entweder theurer oder wohlfeiler gekauft als verkauft haben; es ergibt sich daher eine Differenz zwischen dem Kompensationspreise (-Kourse) und dem wirklichen Vertragspreise, welche blos im Wege einer solchen Delegation und Kompensation nicht beglichen werden kann, sondern zwischen den ursprünglichen Kontrahenten, dem A. auf der einen, dem B. und C. auf der andern

---

[6]) Vgl. Statut des Liquidationsvereins für Zeitgeschäfte an der Berliner Fondsbörse v. 18. März 1869 (bei Saling, Die Börsenpapiere I. Theil Berlin 1871 S. 404), abgeändert durch die Beschlüsse der Generalversammlungen vom 26. Jan. 1870 u. 23. Febr. 1872 Z. f. H.R. Bd. XIV S. 468, XVIII S. 511; Arrangementsordnung der Wiener Börse v. 29. Mai 1876, ebd. Bd. XXIII (Beilageband) S. 307, zum Theil abgeändert seit 1. Mai 1879. Vgl. besonders R.O.H.G. Bd. XX Nr. 11 S. 25 und über ausländische Liquidationen Grünhut l. c. S. 591 Not. 60, Guillard S. 99.

[7]) Vgl. Malss in Z. f. H.R. IV S. 2, Ladenburg in Buschs Arch. XX S. 436 fg. u. bes. R.O.H.G. Bd. XX Nr. 11 S. 31. Ueber die Art der Feststellung des Kompensationskourses s. Guillard p. 93, ders. l. c. IV 327.

Seite direkt zu berichtigen ist. Ist der Kompensationspreis(-kours) höher als der Preis (Kours), zu welchem A. seinem Verkäufer B. das Kaufobjekt abzunehmen gehabt hätte, so muss B. den Differenzbetrag seinem Käufer A. herauszahlen; ist er niedriger, so muss A. seinem Verkäufer B. den Differenzbetrag bezahlen. Ebenso verhält es sich zwischen A. als Verkäufer und C. als Käufer. Bei jeder Börsenliquidation werden im Wege dieser Skontration bei Ersparung von effektiver Lieferung und Abnahme eine ganze Reihe von Gläubiger- und Schuldnerverhältnissen getilgt; jedem Schuldner wird, wenn möglich, ein anderer Schuldner, jedem Gläubiger ein anderer Gläubiger substituirt; jeder Substitut hat seinem ursprünglichen Kontrahenten gegenüber insoweit erfüllt, als er ihn von einer entsprechenden weiteren Verpflichtung gegenüber einem Dritten liberirt. Diese Ausgleichung der gegenseitigen Schulden beruht auf allseitiger präsumtiver Einwilligung; denn jedes Zeitgeschäft gilt an der Börse im Zweifel als unter der stillschweigenden Verabredung geschlossen,[8]) dass der Käufer, resp. der Verkäufer berechtigt sein soll, sich zum Liquidationstermine für die Vertragserfüllung (für die Uebernahme und Lieferung des Kaufobjektes, resp. für den Empfang und die Zahlung des Kaufpreises) im Wege der Delegation eine andere nach den besonderen, dafür bestehenden Börseneinrichtungen zu ermittelnde Person zu substituiren, so dass die unmittelbaren Kontrahenten unter einander lediglich die Differenz zwischen dem Kompensationskourse und dem Kourse, zu welchem das Kaufobjekt gekauft, resp. verkauft wurde, bezahlen und empfangen sollen, eine Differenz, welche von den ursprünglichen Kontrahenten mit der Klage auf **Erfüllung, soweit diese** — trotz vorgenommener Skontration — **noch rückständig ist,** gefordert werden kann. Die Namen der durch Delegation zur Vertragserfüllung zuletzt substituirten Kontrahenten werden durch die Maschinerie der Börsenliquidation (des Börsenarrangements) in der Regel von einem freien zu diesem Zwecke gegründeten Vereine der Börsenbesucher, der bei der Ueberweisung als Beauftragter aller Vereinsmitglieder fungirt, ermittelt und einander bekannt gegeben; es sind dies jene Spekulanten, bei welchen zur Zeit der Liquidation die Summe der von ihnen geschlossenen Verkäufe mit der Summe der von ihnen geschlossenen Käufe nicht im Gleichgewicht steht, so dass ein bei der Ausgleichung nicht aufzurechnender Lieferungs- resp. Empfangssaldo sich ergibt; jene Spekulanten aber, bei denen die Summe der Verkäufe durch die der Käufe vollständig aufgewogen wird, haben nur eine Rolle als Mittelglieder in der Kette, gleichsam als provisorische Käufer und Verkäufer, gespielt. Abgesehen von den etwa unter den unmittelbaren Kontrahenten erforderlichen Differenzzahlungen sind die von den Deleganten eingegangenen Verträge, sobald der Delegatar mit dem Delegaten übereingekommen ist, also die Delegation statt Erfüllung angenommen hat, erfüllt, ihre Verpflichtungen erloschen; ihre Verkäufe werden durch die von ihnen geschlossenen Käufe, ihre Käufe durch die von ihnen geschlossenen Verkäufe neutralisirt; nur die zuletzt substituirten Kontra-

---

[8]) Berliner Börsenusancen § 4 (in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 504, Wiener Börsenusancen § 1 (ebd. Bd. XXIII Beil. S. 295), ebenso Wiener Börsenusancen v. 1. Mai 1879 § 1.

henten stehen sich definitiv als empfangspflichtige Käufer und lieferungspflichtige Verkäufer gegenüber, sie haften einander, da sich alle Theilnehmer des Liquidationsvereines gegenseitig verpflichtet haben, sich als Lieferer aufgeben resp. als Empfänger anweisen zu lassen, ohne dass es ihnen gestattet wäre, wegen Nichtlieferung resp. Nichtempfang von Seite des Delegaten auf die ursprünglichen Gegenkontrahenten zurückzugehen, welche ja ihren Verpflichtungen eben durch die vollzogene Skontration, soweit diese reicht, genügt haben. Für den Fall, dass diese zuletzt substituirten Kontrahenten bei dem gegenwärtigen Liquidationstermine noch nicht übernehmen oder liefern, sondern ihre Operationen bis zu einem folgenden Liquidationstermine fortsetzen wollten, könnten sie ein Prolongations- oder Reportgeschäft abschliessen, in Folge dessen jemand Anderer an ihrer Stelle zu liefern oder zu übernehmen hätte.

Diese besondere Form der Ausgleichung ermöglicht es, dass zu den Liquidationsterminen eine im Verhältniss zur grossen Ausdehnung der Geschäfte nur geringfügige Bewegung von Kaufobjekten und Kaufpreisen stattfindet. Regel ist, dass die Verkäufe durch die Käufe und umgekehrt die Käufe durch die Verkäufe paralysirt werden; die Lieferung des Kaufobjektes und die Bezahlung des Kaufpreises bilden nur eine Ausnahme. So viel Substitutionen mittelst Delegation, so viel Käufe, denen keine Zahlung, so viel Verkäufe, denen keine Lieferung folgt. Was als Resultat dieser Geschäfte übrig bleibt, das sind die Differenzen, welche von den unmittelbaren Kontrahenten gezahlt und empfangen werden.

Ist es nun durch die für die Liquidation bestehenden Börseneinrichtungen zur Regel gemacht, dass dem grössten Theile aller ernstlich abgeschlossenen Zeitgeschäfte weder eine reelle Lieferung noch eine reelle Zahlung folgt, sondern dass dieselben nur durch Vergütung der Differenz zwischen den Preisen zu zwei verschiedenen Zeitpunkten beendigt werden, so ergibt sich daraus die vollständige Inkonsequenz einer Anschauung, welche das Differenzgeschäft eben deshalb in Acht erklärt, weil demselben nach der Absicht der Parteien weder eine reelle Lieferung noch eine reelle Zahlung, sondern nur eine Ausgleichung der Differenz entspricht. Trotz der Hinzufügung der beiden Nebenverträge, des Zeitgeschäftes in entgegengesetzter Richtung und der vereinbarten Kompensation, muss daher das als Differenzgeschäft bezeichnete Zeitgeschäft in der Regel als ebenso ernstlich gemeint und beabsichtigt gelten, wie jedes andere ohne solche Nebenverabredungen an der Börse abgeschlossene Zeitgeschäft; in beiden Fällen erfolgt die Gewinnverrechnung mittelst Differenzzahlung, welche den Zweck des einen wie des anderen Geschäftes bildet. Materiell ist aber die Erzielung dieses Gewinnes von der Gewinnerzielung bei dem sonstigen Kreditkauf nicht verschieden; auch der letztere beruht auf der Erwägung, dass dem Käufer Zeit gelassen werden muss, um das, was er auf Kredit eingekauft hat, seinerseits zu verkaufen, so dass er mit Hilfe dieses Wiederverkaufes, welcher an einen Dritten erfolgen soll, die Summe erlangt, welche er braucht, um sich von der Schuld gegenüber seinem Verkäufer zu befreien. Sein Gewinn ist daher nichts anders als eine Preisdifferenz, und insofern ist seine Stellung juristisch keine untadel-

haftere als die eines Börsenbesuchers, welcher Papiere um einen bestimmten Preis auf Zeit kauft und, um sich den Kaufpreis zu verschaffen, dieselben Papiere zum Kourse des Lieferungstages zwar nicht einem Dritten, aber seinem Verkäufer wieder verkauft. Läuft nicht der eine Käufer dieselben Chancen wie der andere? Spielt nicht der blinde Zufall bei beiden dieselbe Rolle? Warum soll also der Abschluss des einen Geschäftes gesetzlich unanfechtbar, der des anderen gesetzlich unhaltbar sein?

Selbst aber wenn man das Differenzgeschäft mit Spiel oder Wette juristisch auf eine Linie stellt, so besteht für den Gesetzgeber, sobald er überhaupt nur die **Wirksamkeit** der Wette und des Spieles beschränkt oder an besondere Bedingungen knüpft, im Uebrigen aber die freie Selbstbestimmung des Einzelnen nicht einengt, kein genügender Grund, dem Differenzgeschäfte die Klagbarkeit zu versagen. In der Abschliessung eines simulirten Zeitgeschäftes, statt einer Wette, liegt dann eine durch die Wahl dieser Form stillschweigend erklärte ernstliche Verzichtleistung des eventuellen Verlierers auf die ihm zu Gute kommende Klaglosigkeit; er kann daher nicht hinterher die gesetzliche Begünstigung in Anspruch nehmen, welche er früher selbst freiwillig zurückgewiesen hat. Darin, dass von den Parteien eine causa (Kauf) simulirt wird, liegt eine nicht minder deutliche Erklärung eines ernstlichen Verpflichtungswillens, als wenn der bedungene Wettpreis wirklich entrichtet oder hinterlegt worden wäre; wird daher in den letzteren Fällen die Klagbarkeit anerkannt (Allg. preuss. Ldr. I. 11 §§ 577—579, österr. bürgerl. G.B. § 1271), so sollte sie auch in dem ersteren Falle nicht vorenthalten werden.

Eine Unterscheidung zwischen reellen und simulirten Zeitgeschäften lässt sich bei der Identität ihrer äusseren Erscheinungsform ohne Willkür nicht durchführen; denn die Kriterien dieser Unterscheidung sind in schwankenden Umständen, in gewagten Abschätzungen gelegen, aus welchen in den meisten Fällen doch nur ein trügerischer Rückschluss auf die wahre Absicht der Parteien gezogen werden dürfte. So wenn man verlangt, dass das Vermögen des Spekulanten in richtigem Verhältniss zur Anzahl und Höhe der von ihm eingegangenen Börsenoperationen stehen müsse. Offenbar könnte nur das wirkliche Vermögen für entscheidend angesehen werden und nicht das präsumtive Vermögen, welches dem Spekulanten nach allgemeiner Annahme der Börsenbesucher zugeschrieben wird. Die Ermittelung des wirklichen Vermögens dürfte aber zu den schwierigsten Aufgaben gehören; denn der Spekulant, der hinterher jeder Verpflichtung aus den eingegangenen Börsenoperationen entgehen will, hat das grösste Interesse daran, sein Vermögen in dem entscheidenden Zeitpunkte möglichst gering darzustellen, also die Operation selbst als Wette und Spiel erscheinen zu lassen. Es ergibt sich ferner die Schwierigkeit, präzise den Punkt anzugeben, wo das richtige Verhältniss zwischen den Mitteln des Spekulanten und seinen Verpflichtungen, daher das ernste, reelle Geschäft beginnt und wo es aufhört. Das Vermögen des Spekulanten muss nicht so gross sein, dass er die gekauften Papiere effektiv beziehen kann, denn es steht ihm ja frei, die Papiere in der Zwischenzeit weiter zu verkaufen oder sich durch ein Reportgeschäft das zum

Bezuge der Papiere erforderliche Geld zu verschaffen; es kommt daher nur darauf an, dass der Spekulant genügendes Vermögen habe, um die Gefahren einer ihm ungünstigen Preisänderung tragen zu können. Wollte man auf die Absicht des Spekulanten Gewicht legen, ob er im Augenblicke des Geschäftsabschlusses überhaupt daran gedacht habe, die Papiere zu liefern oder zu beziehen, oder nur auf die Differenz zu spielen, so wäre eine solche hinterherige Prüfung der geheimen Absicht sehr misslich; denn sehr häufig weiss sogar der Spekulant selbst nicht, ob er die Papiere beziehen resp. liefern werde oder nicht, da dies von der Situation der Börse im Augenblick der Liquidation abhängt, da er je nach der Konjunktur entweder die Operation abwickeln oder reportiren wird. Es lässt sich daher nicht mit voller Sicherheit feststellen, wo das reelle Zeitgeschäft, die erlaubte Spekulation aufhört, wo das simulirte Zeitgeschäft, der Missbrauch beginnt. Will der Gesetzgeber die Lösung von Fragen, in welchen oft sehr wichtige materielle Interessen verwickelt sind, nicht der Ungewissheit und damit der Willkür überlassen, so darf er dem Zeitgeschäfte, wie immer es beschaffen sein mag, trotz der noch so ausgeprägten aleatorischen Natur den ernstlichen Karakter nicht aberkennen und muss ihm folgerichtig seinen rechtlichen Schutz gewähren.

Von diesem Standpunkte aus vertritt auch der Gesetzgeber die Sache der Moral; es ist geradezu ein Hohn auf die geschäftliche Moralität, dass Jemand, der über seine Mittel spekulirt und verloren hat, sich hinter das blosse Wort: ich zahle nicht, vor aller gesetzlichen Verantwortlichkeit sicher verschanzen kann, ja dass ein gewissenloses Individuum durch gleichzeitige Eingehung zweier Differenzgeschäfte im entgegengesetzten Sinne mit sicherem Gewinne ohne irgend ein eigenes Risiko zu operiren vermag, indem er wohl die eine für ihn vortheilhaft ausgefallene Operation gelten lässt, die Erfüllung der anderen aber als eines blossen Differenzgeschäftes verweigert. Die Erfahrung lehrt zudem, dass in normalen Verkehrszuständen die in Form von Differenzgeschäften eingegangenen Verpflichtungen grösstentheils pünktlich erfüllt werden, so dass in der Klaglosigkeit der Differenzgeschäfte dem Resultate nach eine Begünstigung der Gewissenlosigkeit auf Kosten der Ehrlichkeit, dass darin eine Prämie gelegen ist, welche der Unredliche erhascht, der Redliche zurückweist. Durch die Anerkennung der Klagbarkeit der Differenzgeschäfte wird übrigens nicht nur die Sicherheit des Börsenverkehres erhöht, sondern es wird dadurch gleichzeitig bewirkt, dass sich derselbe in vernünftigen Grenzen bewegt; denn vielen Personen, welche sich bei der Klaglosigkeit nicht bedacht hätten, sich in den Abgrund der Differenzgeschäfte zu stürzen, wird durch die Klagbarkeit eine heilsame Furcht eingeflösst, ihre Spekulationssucht wird in wünschenswerther Weise gezügelt. Bisher gab man sich der Hoffnung hin, dass diese volkswirthschaftlich gebotene Einengung der Börsenspekulation durch die Versagung des gesetzlichen Schutzes für Differenzgeschäfte erzielt werden könne; bedenkt man aber, dass sich in der Erfahrung die Nutzlosigkeit dieses Mittels bewährt hat, dass kaum eine einzige Börsenoperation weniger geschlossen, kaum ein einziger Börsenspekulant desshalb zurückgehalten worden sein dürfte, weil nach dem Gesetze

aus dem Differenzgeschäfte eine klagbare Forderung nicht zuerkannt wurde, so ist wohl klar, dass es für den Gesetzgeber geboten ist, ein anderes Heilmittel zu versuchen, das Zeitgeschäft von dem darauf lastenden Banne zu befreien und die Verbreitung der Ueberzeugung von der Verwerflichkeit des eigentlichen Börsenspieles der fortschreitenden Belehrung und Aufklärung durch die Schule und Sitte zu überlassen.[9])

Die Bestimmung des **österreich.** Börsengesetzes (§ 13), dass bei Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsengeschäften (§ 12 Börsenges.) die Einwendung, dass dem Anspruche ein als Wette oder Spiel zu beurtheilendes Differenzgeschäft zu Grunde liege, unstatthaft sei, verdient daher volle Zustimmung.

§ 280.

C. Die Meliorations- und Arbitrageoperation.

Den ungünstigen Folgen eines festen Zeitgeschäftes kann sowohl durch Verabredung einer Prämie, also durch Verwandlung desselben in ein Prämiengeschäft (s. §§ 281 fg.) ein Damm entgegengesetzt, als auch die bereits als festes Zeitgeschäft abgeschlossene und ungünstig ausgefallene Operation dadurch in ihren Folgen gemildert werden, dass zu diesem Zwecke an die eine Operation (**Grundspekulation**) eine zweite (**Vereinigungsspekulation**) angeschlossen wird, so dass ein sog. **vereinigtes** Geschäft vorliegt;[1]) man könnte diese zweite Operation auch als **Bonifikations-** oder **Meliorations**geschäft bezeichnen; z. B. es wird ein Lieferungskauf zu bestimmtem Kours abgeschlossen, der Kours sinkt; der Käufer steht also in Verlust; er kauft nun aber zu dem gesunkenen Kourse eine gleiche Quantität Papiere, so dass, wenn nun der Kours bis zu dem Niveau des aus beiden Operationen sich ergebenden Durchschnittspreises steigt, weder

---

[9]) Für die Klagbarkeit des Differenzgeschäftes: Ehrmann, Rechtliche Ansichten über den vielbesprochenen Handel mit Staatspapieren (1820), bes. §§ 16, 17; Bender, Verkehr mit Staatspapieren §§ 87, 89; Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 307, Verkehr 257—272; Gerber, Deutsch. P.R. § 179 Not. 7, Stobbe, Deutsch. P.R. III § 193 III, Dernburg, Preuss. P.R. II § 158; Malss in Z. f. H.R. IV S. 5—8, Gutachten der Frankfurter Handelskammer, ebenda S. 120, 121, Brauer in Buschs Arch. XIV S. 343 (de lege ferenda); Ladenburg in Buschs Arch. XIV S. 8 fg., XX S. 426 f.; Endemann, H.R. §§ 120—121; Gareis, H.R. § 62 II, ders. Die Börse und die Gründungen (Deutsche Zeit- und Streitfragen, Jhrg. III Heft 41 S. 15); Guillard p. 174 fg., 241—255; Vidari, im Archivio giuridico Vol. XI p. 576. Erk. d. H.A.G. in Nürnberg vom 22. April 1870 in der Sammlung wichtiger Entsch. Bd. III p. 359, (vgl. auch Busch, Arch. Bd. 24 S. 429, Seufferts Arch. Bd. 28 Nr. 242). Nach Frankfurter Recht sind die Differenzgeschäfte unzweifelhaft klagbar (R.O.H.G. Bd. XV Nr. 78 S. 279); für die Klagbarkeit vgl. Entsch. bei Seuffert, Arch. XI Nr. 236 (Obg. Wolfenbüttel 1850), XXII Nr. 236 (Ob.A.G. Berlin 1868). Für Genf wurden durch Ges. v. 22. Febr. 1860 alle Zeitgeschäfte für gesetzlich erlaubt und klagbar, die A. 421 u. 422 des code pénal und art. 1965 code civil (Spiel) für unanwendbar erklärt (art. 2, 5).

[1]) Nach französischer Börsensprache: se faire une commune. Thöl, Verkehr § 48, ders., H.R. (6. Aufl.) § 285 (daselbst ein Beispiel Not. 4), Gareis im Arch. f. d. H. u. W.R. XVIII § 8.

Gewinn noch Verlust, wenn er über dieses Niveau hinaus sich erhebt, Gewinn, und nur wenn der Kours dauernd unter diesem Niveau bleibt, Verlust sich als die Folge beider Operationen zusammen ergibt. Eine besondere juristische Natur hat dieses Börsengeschäft nicht; ebensowenig die **Arbitrageoperation**, welche sowohl als Zeit- als auch als Kassageschäft namentlich aber in der ersteren Gestalt vorkommt. Dieselbe besteht aus einem Komplexe von entgegengesetzten Operationen, einem Kaufe und Verkaufe, ohne dass beide Geschäfte uno actu abgeschlossen werden und beruht auf dem Erfahrungssatze, dass verschiedene Papiergattungen trotz gleichen Anlagewerthes an derselben Börse, oder dass dieselben Papiergattungen an verschiedenen Börsen relativ in einem ungleichen Kourswerthe stehen, dass daher trotz gleicher Sicherheit und gleichen Erträgnisses das eine Papier oft theurer bezahlt werden muss als das andere; das letztere wird gekauft, das erstere verkauft; in der Differenz steckt der Gewinn.

§ 281.

D. Der Kauf mit Lieferungs-(Vor-)Prämie. Der Verkauf mit Empfangs-(Rück-)Prämie.

Ueber den Begriff der Prämiengeschäfte[1]) vgl. oben § 278.

Die Höhe der Prämie richtet sich nach Nachfrage und Angebot, ist also sehr veränderlich. Je höher die Prämie, desto niedriger der Preis (Kours), zu dem der Hauptvertrag abgeschlossen wird und umgekehrt. Der Verkäufer würde nur fest und nicht gegen Prämie verkaufen, wenn er nicht seinen Vortheil in einem höheren Verkaufspreise (Kourse) fände. Je geringer daher die Prämie ist, welche der Käufer bezahlen will, einen desto höheren Kaufpreis wird der Verkäufer verlangen und umgekehrt. Der Preis des Hauptgeschäftes steht daher im umgekehrten Verhältniss zur Höhe der Prämie. Die Prämie erscheint oft nicht selbständig, sondern als Zuschlag zum oder Abschlag vom Kaufpreise, je nachdem der Käufer oder Verkäufer die Prämie zu bezahlen hat. Die Differenz zwischen dem Preise (mit Zuschlag resp. Abschlag der Prämie), zu dem ein Börsengeschäft als Prämiengeschäft abgeschlossen wird und dem Preise, zu dem dasselbe als festes Zeitgeschäft abgeschlossen worden wäre, heisst in der französischen Börsensprache l'écart des primes.[1a])

Am wichtigsten ist das **einfache** Prämiengeschäft, d. h. jenes, bei welchem einem Kontrahenten das Recht des vollständigen Rücktrittes vorbehalten ist. Die Prämie soll möglicherweise nur dann gezahlt werden, wenn der Rücktritt wirklich gewählt wird, also für das Nichtwollen des Hauptgeschäftes, oder nur in dem Falle, dass nicht zurückgetreten wird, also für das Wollen des Hauptge-

---

[1]) Nach österreichischem Rechte sind zweifellos alle Prämiengeschäfte, welche Börsengeschäfte sind, klagbar (§ 13 Börsenges.); für die Klagbarkeit nach gemeinem Recht Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 288. Nach franz. Recht ist die Frage streitig; für die Klagbarkeit Guillard S. 258 fg., dagegen Bozérian Nr. 303, 304.

[1a]) Guillard S. 52.

schäftes, oder sowohl in dem einen als auch in dem andern Falle, also für das blosse Wahlrecht, d. h. überhaupt dafür, dass man das Recht erhalten hat, zwischen Aufrechterhaltung des Zeitgeschäftes und Rücktritt von demselben zu wählen.[2])

Im Zweifel hat die Verabredung der Prämienzahlung die zuletzt erwähnte Bedeutung.

Zahlt der Käufer die Prämie (Vorprämie, Lieferungsprämie, prime pour livrer), so hat er die Wahl, entweder die Lieferung zu verlangen, oder von dem Geschäfte zurückzutreten.[3])

Das Gegenstück dieses Falles liegt vor, wenn der Verkäufer die Prämie zahlt (Rückprämie, Empfangsprämie, prime pour recevoir);[4]) er hat die Wahl, entweder zur bestimmten Zeit um den bestimmten Preis zu liefern, oder von dem Geschäfte zurückzutreten.[5])

In beiden Fällen liegt ein von einer resolutiven Potestativbedingung abhängig gemachter Kaufvertrag (res ita distracta, ut, si displicuisset inemta sit)[6]) mit einem pactum adjectum vor, welcher das Wahlrecht gegen Prämie zum Gegenstand und Inhalt hat und neben dem Kaufvertrage als Prämienvertrag bezeichnet werden könnte; der eine Vertrag kann von dem anderen nicht gesondert und nicht so selbständig behandelt werden, als ob ein Kaufvertrag und ein davon ganz unabhängiger Prämienvertrag vorläge, vielmehr hat der Prämienvertrag den rechtlichen Bestand des Kaufvertrages zur Voraussetzung, so dass die Pflicht aus jenem mit der aus diesem steht und fällt. Wenn daher der wahlberechtigte Kontrahent von der Pflicht, den Kaufvertrag zu erfüllen, z. B. durch vis major befreit wird, so entfällt auch die Pflicht, die Prämie zu entrichten.[7]) Die Stellung beider Kontrahenten ist analog der Stellung bei der Vertragsofferte mit vertragsmässig verabredeter Bedenkzeit.[8])

---

[2]) Thöl, Verkehr p. 192 fg., H.R. (6. Aufl.) § 288 S. 974, Gareis, Arch. XVIII S. 128, ders., H.R. S. 318, ders. in Holtzendorffs Rechtslexikon verbo Prämiengeschäfte. Vgl. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 2 S. 4.

[3]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XV Nr. 109 S. 393 (Zeitgeschäft mit Vorprämie nach franz. Recht).

[4]) R.O.H.G. Bd. XIX N. 2 S. 3.

[5]) Nach den Wiener Börsenbed. § 6 c, Abs. 3 kann das Wahlrecht auch theilweise (jedoch bei Effekten oder Valuten stets nur in ganzen Börsenschlüssen) ausgeübt werden. Aehnlich Berliner Börsenbed. § 12 in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 509. Die Prämie wird dadurch angedeutet, dass auf den Kaufpreis die Worte: dont 1, 2 u. s. w. folgen; durch die letzte Ziffer wird der nach dem Nominalwerthe als Prämie zu entrichtende Perzentsatz angegeben. In Berlin wird die Prämie nicht, wie an den meisten Börsenplätzen (Wiener Börsenbed. v. 1879 § 6 b Abs. 3, Guillard S. 49), schon beim Abschluss des Geschäftes entrichtet, sondern erst hinterher. Vgl. Saling, Börsenpapiere 1 S. 46.

[6]) l. 3 D. 18 1 cf. l. 2 § 5, D. 41, 4 l. 11 § 13, D. 43, 24 l. 4. Cod. 4. 58. Vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift I. 430.

[7]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 2 S. 6; anders Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 287 Not. a.

[8]) Vgl. über die Natur der Prämiengeschäfte: Bender, Verkehr S. 316; Thöl, Verkehr S. 71—229; H.R. § 288; Ladenburg in Z. f. H.R. III S. 424 ff.; Gareis, im Arch. f. d. W. u. H.R. Bd. XVIII p. 123 ff. Gegen die Annahme, dass die Prämie ein Reugeld sei, vgl. bes. Gareis a. a. O., § 4—10.

Zu einer bestimmten Zeit muss sich der wahlberechtigte Kontrahent darüber erklären, ob er sein Wahlrecht in dem einen oder anderen Sinne ausüben will (Prämienerklärung, la réponse des primes [9]); seine Entscheidung hängt von dem Stande des Kourses zur Erklärungszeit ab; wird durch die eingetretene Kourserniedrigung das Niveau der Prämie erreicht oder überschritten, so wird der wahlberechtigte Käufer die Papiere nicht übernehmen, sondern die Prämie verfallen lassen (abandonner la prime); im entgegengesetzten Falle oder wenn gar ein Steigen des Kourses eingetreten ist, wird der wahlberechtigte Käufer die Papiere übernehmen (lever la prime), also die Prämie nicht verfallen lassen; von Erwägungen entgegengesetzter Art wird die Entscheidung des wahlberechtigten Verkäufers beeinflusst; die Erklärung über die Prämiengeschäfte äussert in der Regel einen grossen Einfluss auf den Kours der betreffenden Papiere; denn wird auf der Lieferung der Prämienpapiere bestanden, so müssen die festgebundenen Verkäufer bestrebt sein, sich die Papiere jedenfalls zu verschaffen, so dass ein Steigen des Kourses die Folge ist; lassen aber die Käufer die Prämien verfallen, so werfen viele unter den festgebundenen Prämienverkäufern die Papiere auf den Markt, so dass ein Fallen des Kourses die Folge ist.

Der Verlust des wahlberechtigten Kontrahenten ist in eine feste, durch die Prämie bezeichnete Grenze eingeschränkt, der Gewinn des anderen Kontrahenten kann daher niemals ein gewisses Maass überschreiten; er kann, wenn der wahlberechtigte Kontrahent von dem Geschäfte zurücktritt und die Prämie preisgibt, eben nie mehr als den Prämienbetrag gewinnen, er kann aber bei Geltendmachung des Wahlrechtes im entgegengesetzten Sinne grosse Verluste erleiden, insbesondere wenn der festgebundene Verkäufer in der Hoffnung, der wahlberechtigte Käufer werde die Lieferung nicht verlangen, sondern ihm den Vortheil der Prämie überlassen, Papiere, welche er nicht hat, welche er daher erst am Tage der Liquidation anschaffen muss, gegen Prämie verkauft hat.

Die Stellung des wahlberechtigten Kontrahenten beim Prämiengeschäfte ist daher ungleich vortheilhafter, als seine Stellung bei einem festen Zeitgeschäfte wäre, und als die des anderen, nicht wahlberechtigten Kontrahenten bei dem

---

[9]) Wiener Börsenbed. v. 1879 § 7 (Prämienerklärungen müssen am Fälligkeitstage bis längstens $^1/_2$1 Uhr beim ersten Glockenzeichen abgegeben sein); Berliner Börsenbed. § 13 (spätestens am Tage vor Ablauf der Erfüllungsfrist, bei per ultimo abgeschlossenen Geschäften aber am drittletzten Börsentage vor dem Ultimolieferungstage bis Mittags $1^1/_2$ Uhr). An der Pariser Börse muss die Erklärung des Wahlberechtigten am 15. oder ultimo, spätestens um 2 Uhr erfolgen. Schweigt der Berechtigte, so gilt (in Wien, Berlin, Paris) die Prämie als fallen gelassen, der Kauf als reszindirt. Eine ausdrückliche Erklärung des wahlberechtigten Käufers wird als unnöthig angesehen, wenn der Koursstand zur Erklärungszeit es als zweifellos erscheinen lässt, ob der Wahlberechtigte die Erfüllung verlangen oder die Prämie verfallen lassen wolle, wenn also der Koursstand für ihn zweifellos günstig oder ungünstig ist. Wenn die Erfüllung und die Reszission des Vertrages ein ökonomisch identisches Resultat darbieten und der Wahlberechtigte in diesem Falle schweigt, so wird angenommen, dass er vom Geschäfte zurückgetreten sei. Das Wahlrecht zu Gunsten des Verkäufers (prime pour recevoir) kommt in Frankreich nur selten und nur in der Koulisse vor. Guillard S. 50, 54, Bédarride dr. comm. II Nr. 104.

Prämiengeschäfte ist; denn wenn er auch seinerseits theurer bezahlen, resp. billiger verkaufen muss als der feste Käufer resp. Verkäufer, wenn er also auch im Falle des Gelingens seiner Spekulation einen geringeren Gewinn realisirt, so hat er den grossen Vortheil, durch Hingabe seiner Prämie seinen Verlust auf ein bestimmtes, eben in der bedungenen Prämie umschlossenes Maass einschränken zu können. Die bedungene Prämie hat daher **ökonomisch** die Natur einer Versicherungsprämie, welche dem fest gebundenen Kontrahenten in seiner Eigenschaft als Versicherer entrichtet wird.[10])

§ 282.

E. Das Zweiprämiengeschäft.

Das **Zweiprämiengeschäft oder Doppelprämiengeschäft** besteht darin, dass zwei einfache Prämiengeschäfte durch denselben Spekulanten, als den Prämiengeber oder den Prämiennehmer, derart kombinirt werden, dass er in dem einen Geschäfte die Stellung des Käufers, in dem anderen die des Verkäufers hat.[1]) Die beiden kombinirten Geschäfte sind juristisch von einander vollständig unabhängig.

a. Der Spekulant als Prämiengeber. Ist er über die bevorstehende Koursentwickelung eines bestimmten Papieres in Zweifel, so kann er eine bestimmte Quantität des betreffenden Papieres mittelst eines einfachen Prämiengeschäftes von A. kaufen (also mit Lieferungsprämie) und dieselbe Quantität zu dem Stichtage mittelst eines einfachen Prämiengeschäftes dem B. verkaufen (also mit Empfangsprämie) und so in beiden Geschäften sich das Wahlrecht auf Rücktritt gegen Prämie sichern. Steigt der Kours zum Stichtag, so wird er von A. die Lieferung verlangen und dem B. gegenüber zurücktreten; sinkt aber der Kours zum Stichtag, so wird er dem A. gegenüber zurücktreten und dem B. liefern. Bleibt der Kours unverändert, so wird er beide Prämien verfallen lassen und sowohl gegenüber dem A. als dem B. zurücktreten. Die Hoffnung des Spekulanten geht also darauf, dass die Differenz zwischen dem Kourse, zu dem das eine und andere Geschäft abgeschlossen wurde und dem Kourse des Stichtages den Betrag der beiden Prämien übersteigen werde. In keinem Fall verliert er mehr als die beiden Prämien.

b. Der Spekulant als Prämiennehmer. Derselbe verkauft einerseits an A. gegen Prämie und kauft andererseits von B. gegen Prämie und überlässt in beiden Fällen den Gegenkontrahenten das Wahlrecht auf Rücktritt, erhält also eine Lieferungsprämie und eine Empfangsprämie. Er hofft darauf, dass die Kourse entweder ganz unverändert bleiben, so dass er beide Prämien gewinnen werde oder dass die Kourse sich um weniger ändern werden, als die Summe

---

[10]) Vgl. Thöl, Verkehr p. 199 B.; H.R. (6. Aufl.) § 288 der in der Prämie ein Reugeld und ihrer eigentlichen Bedeutung nach eine Versicherungsprämie findet. Gerber, Deutsch. P.R. § 179 S. 475. Dagegen Bender, Verkehr p. 441; Gareis, Arch. l. c. § 10.

[1]) Thöl, Verkehr S. 132 fg.; ders., H.R. (6. Aufl.) § 289, Gareis, H.R. S. 320 fg.

der von ihm bezogenen beiden Prämien beträgt, so dass er, wenn entgegen seiner Erwartung der Kours gestiegen oder gefallen ist, und der Prämiengeber die Ausführung des einen Geschäftes verlangt, in den beiden Prämien, welche er jedesfalls bezieht, nicht blos seine Deckung, sondern auch Gewinn findet. Es ist klar, dass diese Spekulation des Prämiennehmers viel gefährlicher ist, als die des Prämiengebers; denn dieser begrenzt seinen möglichen Verlust, jener aber kann, wenn er zur Ausführung eines der beiden Geschäfte verpflichtet wird, der Gefahr eines Verlustes ausgesetzt sein, gegen die er durch den Prämienbezug sehr ungenügend geschützt ist.

Das Zweiprämiengeschäft unterscheidet sich von dem Stellgeschäft und dem zweischneidigen Prämiengeschäft, bei welchen ebenfalls eine doppelte Prämie, wenn auch nur versteckt, vorhanden ist, dadurch, dass bei jenem das Wahlrecht entweder einer Person als Prämiengeber gegenüber zwei verschiedenen Kontrahenten als Prämiennehmern oder zwei Personen als Prämiengebern gegenüber einer Person als Prämiennehmer zusteht, während bei diesen das Wahlrecht einem Prämiengeber gegenüber einem Prämiennehmer zusteht.

§ 283.

F. Die Stellage.

Das Wahlrecht des einen Kontrahenten bei dem Prämiengeschäfte kann sich auch darauf beziehen, dass er berechtigt sein soll, am Stichtage einseitig sich oder dem andern Kontrahenten, dem sog. **Steller**, in dem abzuschliessenden oder bereits abgeschlossenen Zeitgeschäfte ganz oder zum Theil die Stelle als Käufer oder Verkäufer anzuweisen, das Kaufobjekt also ganz oder zum Theil zu liefern oder zu beziehen. **Stellage, Stellgeschäft**, auch Schluss auf Geben und Nehmen.[1])

In jedem Falle muss das Geschäft erfüllt werden; bei dem Geschäftsabschluss wird daher einerseits ein höherer Kours vereinbart, zu welchem der Prämiengeber, der Käufer der Stellage, wenn er beziehen will, zu beziehen, andererseits ein niedrigerer Kours, zu welchem derselbe, wenn er liefern will, zu liefern berechtigt ist. In der halben Differenz der beiden Kourse liegt die Prämie, welche dem Verkäufer der Stellage jedenfalls zufällt und in den Kaufpreisen versteckt erscheint.

Bei dem Stellgeschäfte liegt neben dem Prämienvertrage entweder eine alternative Offerte des Verkäufers der Stellage, des Stellers (Kaufs- oder Verkaufsofferte) mit vertragsmässig verabredeter Bedenkzeit für den Prämiengeber (den Wähler) vor, oder was die Regel ist, keine blosse Offerte, sondern die alternative Kombination je zweier von einer Suspensiv- und einer Resolutivbedingung desselben Inhalts abhängig gemachter Kauf- und Verkaufsverträge und zwar dergestalt, dass dem Verkäufer der Stellage, dem Steller, zwischen der

---

[1]) Thöl, Verkehr §§ 45, 46, H.R. (6. Aufl.) § 291; Böhmer, Archiv f. civil. Prax. IX 415 ff., Gareis a. a. O. § 7, § 18, H.R. S. 319 d. — Wiener Börsenbed. § 6 d, Berliner Börsenbed. § 13 in Z. f. H.R. Bd. XXI S. 276.

einen oder anderen Alternative das — von dem Wahlrechte des Prämiengebers zu unterscheidende — Wahlrecht zusteht. Auf Seite des Käufers der Stellage liegt **entweder** ein resolutiv bedingter Kauf vor, dessen Auflösung davon abhängig ist, dass der Prämiengeber erklärt, Verkäufer sein zu wollen, oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Verkaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss [2]) und zugleich ein suspensiv bedingter Verkauf, davon abhängig, dass der Prämiengeber erklärt, Verkäufer sein zu wollen, oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Kaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss, **oder** es liegt ein resolutiv bedingter Verkauf vor, dessen Auflösung davon abhängig ist, dass der Prämiengeber erklärt, Käufer sein zu wollen, oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Kaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss und zugleich ein suspensiv bedingter Kauf, davon abhängig, dass der Prämiengeber erklärt, Käufer sein zu wollen oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Kaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss.

Liegt eine blosse Offerte vor, so ist, wenn das Wahlrecht nicht ausgeübt, die Offerte nicht angenommen wird, ein Anspruch auf das Interesse nicht begründet; ist aber das Zeitgeschäft selbst abgeschlossen, so ist der Prämiengeber, wenn er selbst keine Wahl trifft, je nach der Wahl des Stellers entweder als Käufer oder Verkäufer gebunden; [3]) z. B. A. räumt dem B. das Recht ein, nach des Letzteren Wahl ihm ultimo April 100 Stück österr. Goldrente à 86 zu liefern oder dieselben von ihm à 90 zu beziehen. In Folge dieser Stellage hat A. seinerseits das Recht zwischen den folgenden beiden Alternativen zu wählen: **Entweder** ist anzunehmen 1) dass B. 100 Stück österr. Goldrente à 86 dem A. unter der Resolutivbedingung verkauft hat, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung, als Käufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — nach dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde und dass B. unter einer Suspensivbedingung gleichen Inhaltes von A. 100 Stück österr. Goldrente à 90 gekauft hat **oder** 2) dass B. 100 Stück österr. Goldrente à 90 von A. seinerseits unter der Resolutivbedingung gekauft hat, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung als Verkäufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — nach dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde und dass B. unter einer Suspensivbedingung gleichen Inhaltes dem A. 100 Stück österr. Goldrente à 86 verkauft hat. Wählt nun B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend die Rolle des Verkäufers, so ist, wenn A. seinerseits die erste Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung vereitelt, wenn aber A. die zweite Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung erfüllt, so dass also in beiden Fällen lediglich der Verkauf des B. zu Recht besteht. Wählt B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend die Rolle des Käufers, so ist, wenn A. die erste Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch

---

[2]) Wiener Börsenbed. § 7, Berliner Börsenbed. § 13 in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 509.

[3]) Vgl. Z. f. H.R. VI S. 159 ff.; dagegen Böhmer l. c., Bender, Verkehr p. 409, Ladenburg l. c. S. 434, Gad, H.R. p. 256, Gareis l. c. § 18.

die Suspensivbedingung erfüllt, wenn aber A. die zweite Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung vereitelt, so dass in beiden Fällen lediglich der Kauf des B. zu Recht besteht. Macht B. von seinem Wahlrechte weder ausdrücklich noch stillschweigend Gebrauch — letzteres wird dann angenommen, wenn der Koursstand über die Entschliessung des Prämiengebers Zweifel lässt, — so kann A. die eine oder andere Alternative wählen und den B. als Verkäufer oder Käufer in Anspruch nehmen.[4])

§ 284.

G. Das zweischneidige Prämiengeschäft.

Tritt zu dem Wahlrechte beim Stellgeschäfte für den Prämiengeber auch noch das Recht hinzu, nach seiner Wahl von dem Geschäfte ganz zurückzutreten, so liegt ein **zweischneidiges Prämiengeschäft** vor.[1]) Die Natur dieses Geschäftes ist von der des Stellgeschäftes insofern verschieden, als hier nie ein blos präparatorischer „Offertvertrag“ [2]) sondern immer der intentionirte Geschäftsvertrag als abgeschlossen anzusehen ist, in Beziehung auf welchen dann noch das Recht des Rücktrittes, wie bei dem einfachen Prämiengeschäfte, zusteht. Die Prämie wird nicht, wie bei dem Stellgeschäft, im Kaufpreise, sondern, da der Kaufvertrag möglicherweise gar nicht erfüllt wird, wie bei dem einfachen Prämiengeschäft, selbständig entrichtet.[3]) Ausser dem Prämienvertrage liegt die Kombination eines von zwei alternativen Resolutivbedingungen abhängig gemachten Kaufes und eines von einer Suspensivbedingung, deren Inhalt das Gegentheil des Inhaltes der einen Resolutivbedingung sein muss, abhängig gemachten Verkaufes vor, oder umgekehrt die Kombination eines von zwei alternativen Resolutivbedingungen abhängig gemachten Verkaufes und eines von einer Suspensivbedingung, deren Inhalt das Gegentheil des Inhaltes der einen Resolutivbedingung sein muss, abhängig gemachten Kaufes. Z. B. A. räumt dem B. gegen Prämie das Recht ein, nach des Letzteren Wahl ihm ultimo April 100 Stück österr. Goldrente à 88 zu liefern oder dieselben von ihm à 88 zu beziehen oder von dem Geschäfte ganz zurückzutreten. Man kann nun das Geschäft in doppelter Weise auffassen: 1) B. hat dem A. 100 Stück österr. Goldrente à 88 unter den alternativen Resolutivbedingungen verkauft, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung als Käufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären oder dass B. von dem Vertrage ganz zurücktreten würde und B. hat gleichzeitig unter der Suspensivbedingung, dass er zur Zeit der Prämienerklärung, als Käufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend —

[4]) Diess gilt nach den Wiener Börsenbed. § 7 al. 4, wenn es sich um einen einfachen Börsenschluss (§ 15) handelt; ausser diesem Fall dart der Steller annehmen, „dass (der Prämiengeber) die eine Hälfte des gestellten Quantums zu dem bedungenen oberen Kourse nehmen und die andere Hälfte desselben zu dem bedungenen unteren Kourse liefern will.“ § 7 al. 3.

[1]) Wiener Börsenbd. § 6 b: „Doppeltes Prämiengeschäft“, „auf Geben und Nehmen.“

[2]) Unger in d. Z. f. d. Priv. u. öffentliche Recht der Gegenwart I S. 365, 366.

[3]) Wiener Börsenbed. § 6 b al. 3.

letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde, von A. 100 Stück österr. Goldrente à 88 gekauft. 2) B. hat 100 Stück österr. Goldrente à 88 von A. unter den alternativen Resolutivbedingungen gekauft, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend — letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — als Verkäufer eintreten zu wollen erklären **oder** dass B. von dem Vertrage ganz zurücktreten würde und B. hat gleichzeitig unter der Suspensivbedingung, dass er zur Zeit der Prämienerklärung, als Verkäufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde, dem A. 100 Stück österr. Goldrente à 88 verkauft. Wählt B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend die Rolle des Verkäufers, so sind ad 1) sowohl die alternativen Resolutivbedingungen als auch die Suspensivbedingung vereitelt, ad 2) sowohl die **eine** Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung erfüllt, so dass nach beiden Auffassungen lediglich der Verkauf des B. zu Recht besteht. Wählt B. die Rolle des Käufers, so ist ad 1) sowohl die eine Resolutivbedingung, als auch die Suspensivbedingung erfüllt, ad 2) sowohl die alternativen Resolutivbedingungen als auch die Suspensivbedingung vereitelt, so dass nach beiden Auffassungen lediglich der Kauf des B. zu Recht besteht. Wählt B. das Rücktrittsrecht, so ist ad 1) und ad 2) einerseits die Resolutivbedingung erfüllt, andererseits die Suspensivbedingung vereitelt, so dass die Erfüllung des Geschäfts entfallen kann. Macht B. von seinem Wahlrechte keinen Gebrauch, weder ausdrücklich, noch stillschweigend, so wird, wie bei dem einfachen Prämiengeschäfte, angenommen, dass er zurückgetreten sei.[4])

§ 285.

H. Das Nochgeschäft und der Schluss auf fest und offen. (Die Option.)

Das Wahlrecht kann bei dem Prämiengeschäfte dem einen Kontrahenten auch in der Art eingeräumt sein, dass es ihm freisteht, den Kaufgegenstand zu erweitern (**Nochgeschäft**)[1]) oder einzuschränken (Schluss auf fest und offen). In beiden Fällen spricht man von **Option.**[2]) Bei dem ersteren erwirbt entweder der Käufer gegen Zahlung eines höheren Preises das Recht, an einem bestimmten Tage ausser der angekauften Quantität von Effekten die Lieferung einer zur Zeit des Geschäftsabschlusses bestimmten weiteren, in der Regel der gleichen Quantität zu dem gleichen Kourse zu verlangen („Geschäft mit Noch") oder der Verkäufer erscheint berechtigt („Geschäft mit Ankündigung") dadurch, dass er zu einem niedrigeren Preise liefert, innerhalb einer bestimmten Grenze das Quantum der zu liefernden Effekten zu erhöhen, in der Regel noch ein gleiches

[4]) Nach den **Wiener** Börsenbed. § 6c Abs. 3 kann das Wahlrecht auch theilweise (jedoch bei Effekten oder Valuten stets nur in ganzen Börsenschlüssen) ausgeübt werden.

[1]) **Thöl**, Verkehr § 49, H.R. (6. Aufl.) § 293, **Gareis** l. c. § 9.

[2]) **Thöl**, Verkehr § 48, H.R. (6. Aufl.) § 292, **Gareis** l. c. § 8.

Quantum zu dem gleichen Kourse zu liefern. (Wiener, Börsenbed. § 6 c.) Die Prämie liegt in der Regel in dem bedungenen höheren oder niedrigeren Kaufpreise. Die umgekehrte Spekulation liegt bei dem Schluss auf fest und offen vor. Unter Vereinbarung eines Kourses für eine bestimmte Quantität Papiere erwirbt entweder der Käufer das Recht, eine bestimmte Quote der gekauften Papiere („die offenen Papiere") nicht zu beziehen, indem er den Rest („die festen Papiere") zu einem höheren als dem für das ganze Quantum vereinbarten Kourse bezieht, oder der Verkäufer erscheint berechtigt, eine bestimmte Quote der veräusserten Papiere („die offenen Papiere") nicht zu liefern, indem er den Rest („die festen Papiere") zu einem niedrigeren als dem für das ganze Quantum vereinbarten Kourse liefert. Die Summe, um welche der Kaufpreis der festen Papiere erhöht oder erniedrigt wird, bildet die Prämie.

Bei dem Nochgeschäfte liegt neben dem unbedingten Kaufvertrage noch ein pactum adjectum vor, durch welches der eine Theil gegen eine von dem andern Theile entrichtete Prämie sich verpflichtet, neben dem unbedingt verkauften resp. gekauften Gegenstande als Offerent in Beziehung auf eine weitere bestimmte, gewöhnlich die gleiche, Quantität des Kaufobjektes durch eine vertragsmässig verabredete Bedenkzeit im Worte zu bleiben; bei dem Schluss auf fest und offen liegt ein rücksichtlich eines Theiles des Kaufobjektes von einer resolutiven Potestativbedingung abhängig gemachter Kaufvertrag vor.[3])

§ 286.

I. Das Wandel- oder Eskomptegeschäft.

Das Prämiengeschäft wird auch in der Weise abgeschlossen, dass es dem wahlberechtigten Kontrahenten freisteht, nach Belieben einen vor dem verabredeten letzten Lieferungstermine gelegenen Termin für die Erfüllung des Zeitgeschäftes zu bestimmen (sog. **Wandel**geschäft [1]); bezeichnender wäre der **Ausdruck**: **Eskomptegeschäft**; auch als Kauf auf tägliche Lieferung bezeichnet, wenn der Käufer das Recht hat, vor dem letzten Lieferungstage täglich die Lieferung zu verlangen, als Kauf auf Ankündigung, wenn der Verkäufer das Recht hat, vor dem letzten Lieferungstage täglich die Lieferung zu machen;[2]) in jedem Falle liegt ein

---

[3]) Dem wahlberechtigten Theil steht es bei dem Nochgeschäfte frei, von der Gebundenheit des anderen Theils nur zum Theil (jedoch bei Effekten oder Valuten stets nur in ganzen Börseschlüssen) oder auch gar nicht Gebrauch zu machen. Wiener Börsenbed. § 6 c Abs. 3. Gemäss den Wiener Börsenbed. § 6 c Abs. 2 ist bei Geschäften mit „noch" in Devisen auch der fest verkaufte, resp. gekaufte Betrag am Fälligkeitstage des „Noch"-Geschäfts fällig. Bei Geschäften mit „noch" in allen übrigen Börsenwerthen ist der feste Betrag sofort fällig und nach § 4 (wie jedes andere Börsengeschäft) abzuwickeln.

[1]) Vgl. Thöl, Verkehr § 47, H.R. (6. Aufl.) § 294, Gareis a. a. O. § 6, Saling l. c. S. 390 d (für Berlin).

[2]) Nach den Berliner Börsenbed. § 12 (Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 509) gehört zu den einfachen Zeitgeschäften das Geschäft „fix und täglich", bei welchem der Käufer spätestens an dem in dem Schlusszettel festgesetzten Endtermin abnehmen muss, aber auch schon

unbedingter Kaufvertrag mit einem pactum adjectum vor, durch welches gegen Prämie die Erfüllungszeit zu Gunsten des einen Theiles aus einem dies certus an certus quando zu einem dies incertus quando certus an umgestaltet wird. In der Regel bedingt sich der Käufer gegen Zahlung einer Prämie ein solches Wahlrecht; es ist möglich, dass der Verkäufer seinerseits sich wieder als Käufer gegenüber seinem Verkäufer, und dass sich dieser wieder als Käufer gegenüber seinem Verkäufer u. s. w. ein solches Wahlrecht gesichert hat, so dass, wenn der erste Käufer die Lieferung vor dem letzten Lieferungstage verlangt, sein Verkäufer als Käufer das gleiche Verfahren gegenüber seinem Verkäufer einschlagen wird u. s. w., bis man zuletzt in Verfolgung einer ganzen Kette zusammenhängender, gleichartiger Operationen an einen Verkäufer gelangt, welcher verkauft hat, ohne selbst gekauft oder bei dem Kaufe sich das Wahlrecht rücksichtlich der Erfüllungszeit bedungen zu haben. Der erste Verkäufer, welchem gekündigt worden ist, delegirt seinen Verkäufer, er liefert anstatt der Papiere nur den Namen seines Verkäufers, dem er gekündigt hat, und dieser delegirt wieder seinen Verkäufer, liefert also den Namen seines Verkäufers, dem er gekündigt hat u. s. w. bis zu dem als letztes Glied in der Kette erscheinenden Verkäufer hinauf, welcher nicht mehr delegiren kann, welcher selbst die Papiere liefern muss, da er überhaupt nicht gekauft oder doch nicht mit dem Wahlrechte rücksichtlich der Erfüllungszeit gekauft hat, also nicht in der Lage ist, den Namen eines Verkäufers als Delegaten anzugeben, welcher statt seiner die Lieferung ausführen soll.

Wären alle diese Prämiengeschäfte über die gleiche Quantität gleicher Effekten zu demselben Kourse abgeschlossen worden, so würde der Verkäufer, welchem zuerst gekündigt worden ist, nichts auszulegen haben, denn es könnte das, was er seinem Verkäufer schuldet, durch Vermittelung der Delegation mit dem kompensirt werden, was ihm von dem zweiten Verkäufer, dem er gekündigt hat, geschuldet wird, und so könnten auch alle folgenden Verpflichtungen durch Delegation und Kompensation getilgt werden; da aber in den meisten Fällen zu

---

früher, sobald das Geschäft „täglich" geworden, dem Verkäufer kündigen, sich zur Abnahme bereit erklären kann, worauf dieser liefern muss; ferner das Geschäft „mit Ankündigung fix und täglich", bei welchem der Verkäufer spätestens an dem in dem Schlusszettel festgesetzten Endtermine abliefern muss, aber auch schon früher, sobald das Geschäft „täglich" geworden, dem Käufer die Lieferung ankündigen kann, worauf dieser abnehmen muss. Beide Geschäfte können auch als Prämiengeschäfte abgeschlossen werden. § 13 cit. Macht der Wahlberechtigte nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt von dem Rechte der Kündigung resp. Ankündigung Gebrauch, so wird angenommen, dass er die festgesetzte Prämie zahlen wolle; sofern indessen der Kours zur Erklärungszeit die Entschliessung über Erfüllung oder Prämienzahlung zweifellos erscheinen lässt, ist eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich. Hat eine theilweise Kündigung oder Ankündigung stattgefunden, so ist die Prämie nur pro rata der nicht gekündigten oder angekündigten Summe zu zahlen. In Frankreich gilt bei jedem Zeitgeschäfte als stillschweigend verabredet, dass der Lieferungstag nur zu Gunsten des Käufers stipulirt sei, so dass derselbe auch beliebig früher die Zahlung des Preises anzubieten und Lieferung zu verlangen berechtigt ist; die Ausübung dieses Rechtes von Seite des Käufers heisst escompte. (Bravard-Veyrières dr. comm. II p. 142, Bozérian l. c. Nr. 81 ff. Guillard p. 83 fg.).

verschiedenen Koursen kontrahirt worden sein wird, so kann die Kompensation der Kaufpreise nach stattgefundener Delegation nur bis zur Konkurrenz erfolgen und es bleibt für die unmittelbaren Kontrahenten die Verpflichtung bestehen, sich unter einander die Differenz zu vergüten. Werden zu einer Zeit viele Prämiengeschäfte mit der Wandel-(Eskompte-)Klausel geschlossen, ohne dass sie mit einander in einem solchen Gleichgewichte stehen, so kann die Kündigung von Seite der wahlberechtigten Käufer leicht ein Steigen des Kourses zur Folge haben; denn es wird von der einen Seite Lieferung der Papiere in Anspruch genommen, welche von der andern Seite oft erst auf dem Markte gesucht werden müssen.

§ 287.

K. Das Report-(Prolongations-Kost-)Geschäft.

Das Report-(Prolongations-Kost-)Geschäft bildet in dem komplizirten Getriebe des Börsenverkehres ein für den guten Gang der Maschine unentbehrliches Räderwerk von besonders hervorragender Bedeutung; um seinen juristischen Karakter kennen zu lernen, ist es nothwendig, den Mechanismus dieser Börsenoperation klarzustellen. Das wirthschaftliche Prinzip, auf welchem das Reportgeschäft beruht, besteht darin, dass der Tages- und Baarkauf im Allgemeinen zu niedrigeren Preisen abgeschlossen wird, als der Lieferungs- und Kreditkauf; denn der Käufer entzieht sich beim Tages- und Baarkaufe sofort den Genuss des bezahlten Kaufpreises, über den nun der Verkäufer unmittelbar disponiren kann, während der Letztere beim Lieferungs- und Kreditkauf vorläufig nichts erhält, so dass er der Natur der Sache nach sich bei dem Tags- und Baarkauf mit einem niedrigeren Preise begnügen kann als bei dem Lieferungs- und Kreditkauf. Bei dem Kauf und Verkauf von Effekten insbesondere wird dieses Moment in seiner Wirksamkeit noch dadurch verstärkt, dass der Kours der Effekten in dem Maasse eine steigende Tendenz verfolgt, als der Tag näher heranrückt, an welchem die Zinsen oder Dividenden bezahlt werden sollen. Mit dem Ausdruck Report wird nun die durch diese Umstände bewirkte Differenz zwischen dem Preise der Tags- und Baargeschäfte und dem Preise der Lieferungs- und Kreditgeschäfte bezeichnet; die Kehrseite des Report ist der Deport, welcher als Folge des unzureichenden Angebotes von Papieren, wegen sog. Stückemangels eintritt, so dass im Tags- und Baarkaufe, in welchem die Papiere sofort geliefert und genommen werden sollen, mehr bezahlt wird, als im Lieferungs- und Kreditkaufe.[1]) Die Absicht, den Report und Deport in diesem Sinne, also das Ergebniss einer durch besondere Umstände beeinflussten wirthschaftlichen Lage, sich zu Nutze zu machen, veranlasst den Kapitalisten, ein Reportgeschäft einzugehen und in demselben sein Kapital auf kurze Zeit vortheilhaft anzulegen, er kauft zu diesem Zwecke Papiere gegen baar, also um einen geringeren Preis, und verkauft sie auf Zeit, also um einen höheren Preis, oder (im Falle des

[1]) Vgl. Wiener Börsenbed. § 8: Es wird vom Kostnehmer (Reporteur) dem Kostgeber „Leihgeld" vergütet.

Deport) er verkauft Papiere gegen baar, also um einen höheren Preis, und kauft sie auf Zeit, also um einen niedrigeren Preis; in der Differenz der Kaufpreise, dem Report und Deport, steckt der Gewinn, das Kapitalerträgniss. Der Baarkauf und der Kreditverkauf können von dem Kapitalisten mit verschiedenen Personen, also als zwei gesonderte Operationen, abgeschlossen werden; in diesem Falle spricht man von einem Reportgeschäft im weiteren Sinne, einem indirekten Reportgeschäft, es hat juristisch nichts Besonderes, es liegen eben zwei durch einen einheitlichen Spekulationswillen zusammengehaltene Operationen entgegengesetzter Art vor. Von dem eigentlichen, direkten Reportgeschäft ist nur dann die Rede, wenn Tags- und Lieferungskauf nicht successiv mit verschiedenen Personen, sondern uno tempore, simultan zwischen denselben Personen abgeschlossen werden, wenn nicht zwei verschiedene Kaufverträge als ganz selbständige Stücke einer einheitlichen Spekulation auf einander folgen, sondern nur wenn in **einem** Zeitpunkt ein aus zwei Elementen zusammengesetzter Vertrag eingegangen wird; der Reporteur, Kostnehmer, welcher in demselben Augenblicke, in welchem er gegen baar kauft, auf Zeit verkauft, hält sich dadurch jene Gefahr, die sich aus dem Sinken des Kourses ergeben kann, vom Leibe, wälzt sie auf den anderen Theil, den Reportirten, den Kostgeber, welchem dafür auch der Gewinn aus dem etwaigen Steigen des Kourses zufällt und läuft nun selbst keine andere Gefahr als die, welche der Verkäufer bei jedem Kaufvertrage übernimmt, nämlich dass der Käufer seine Verpflichtung, zur bestimmten Zeit zum bestimmten Kourse die Papiere zu übernehmen und den Preis zu bezahlen, nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen will.

Am häufigsten geben die folgenden wirthschaftlichen Situationen den Anlass zur Eingehung eines Reportgeschäftes.

A. spekulirt à la hausse und kauft für einen bestimmten Lieferungstermin eine bestimmte Quantität Papiere; um den Kaufpreis bezahlen zu können, muss er bestrebt sein, diese Papiere zu dem mit seinem Verkäufer verabredeten Lieferungstermine zu verkaufen und den Erlös zu erlangen. B. will zwar eine solche Quantität Papiere kaufen, aber nur gegen baar; A. und B. können sich nicht einigen; C. welcher über die gleiche Quantität gleicher Papiere sofort verfügen kann, tritt helfend ein, verkauft diese Papiere an B. gegen baar und kauft sie wieder von A. zu dem entscheidenden Lieferungstermine (Reportgeschäft im weiteren Sinne, indirektes Reportgeschäft). Angenommen, dass anstatt der von A. gehofften Kourssteigerung ein bedeutendes Sinken des Kourses eingetreten sei, so ist dem A. mit dem blossen Verkaufe an C. zu dem bestimmten Lieferungstermine nicht geholfen, wegen der eingetretenen Baisse wäre sein Verlust zu gross, er glaubt aber an das nahe Eintreten der Hausse, hofft auf Gewinn, und will desshalb seine Haussespekulation fortsetzen, (prolongiren, reportiren); A. schliesst daher mit C. in der Weise ab, dass er ihm zwar die Papiere, welche er von seinem Verkäufer erhält, gegen baar, daher zu einem niedrigeren Kourse, liefert und mit dem Gelde des C., zu dem er die Differenz aus Eigenem hinzufügt, diesen seinen Verkäufer bezahlt, dass sich C. aber gleichzeitig verpflichtet, zu einem höheren Kourse dem A. zu einem bestimmten weiteren Termin

diese Papiere zu liefern. Dadurch, dass C. als Reporteur, Kostnehmer, gegenüber dem Verkäufer des A. an dessen Stelle tritt und gegen Uebernahme der Papiere die Verpflichtung des A. erfüllt, Zahlung leistet, gestattet er dem A. seine Haussespekulation als Käufer fortzusetzen, und A. kann, wenn die Hausse hinterher wirklich eintritt, nicht blos die gezahlte Differenz einbringen, sondern auch Gewinn machen.

A. spekulirt à la baisse und verkauft für einen bestimmten Lieferungstermin eine bestimmte Quantität Papiere; bei Eintritt des Lieferungstermines hat er kein Geld, um sich die zu liefernden Papiere gegen baar anzuschaffen, er sucht daher diese Papiere gegen Kredit zu erlangen. B. hat die von A. gesuchten Papiere, will sie aber nur gegen baar, nicht auf Kredit verkaufen; es ist klar, dass A. und B. nicht miteinander abschliessen können; beiden kann dadurch geholfen werden, dass ein Kapitalist C. einerseits von B. die Papiere gegen baar kauft und dieselben andererseits an A. auf Kredit verkauft, so dass C. einstweilen die Papiere behält, bis er mit dem Gelde bezahlt werden kann, welches A. von seinem ersten Käufer zu empfangen hat (Reportgeschäft im weiteren Sinne, indirektes Reportgeschäft). Angenommen, dass anstatt der von A. gehofften Baisse die Hausse fortdauert und A. seine Baissespekulation fortsetzen will, so wird er mit C. derart abschliessen, dass er die zu liefernden Papiere von C. gegen baar kauft „er nimmt sie zu leihen" und sie ihm auf Zeit wieder verkauft (eigentliches Reportgeschäft); A., welcher die Rolle des Reporteurs, Kostnehmers hat, in der That aber nur der Stücke bedürftig ist, lässt nun die gekauften Papiere von C. an seinen Käufer überliefern, welcher Letztere wieder seinerseits an C. statt an A. den durch die Differenz von A. zu ergänzenden Kaufpreis bezahlt. C., welcher als Inhaber der Papiere dem Stückemangel des A. abhilft, gewinnt als Kostgeber den sog. Deport; er verkauft dem A. gegen baar um einen höheren Kours und kauft von A. auf Zeit um einen niedrigeren Kours; dadurch, dass er als Reportirter, Kostgeber, gegenüber dem Käufer des A. an dessen Stelle eintritt und gegen Empfang des Kaufpreises die Papiere liefert, ermöglicht er dem A., seine Baissespekulation fortzusetzen.

Das Reportgeschäft ist demnach eine Börsenoperation, durch welche der Käufer, welcher die gekauften Papiere nicht bezahlen kann, sich das Geld, oder der Verkäufer, welcher die verkauften Papiere nicht liefern kann, sich die Papiere dadurch verschafft, dass er seinerseits einen Verkauf oder Kauf abschliesst. Der Käufer, welcher sich Geld verschaffen muss, verkauft gegen baar die Papiere, welche er auf Zeit gekauft hat; der neue Erwerber übernimmt die Papiere von dem ersten Verkäufer und bezahlt sie ihm. Der Verkäufer, welcher die zu liefernden Papiere nicht hat, kauft sie gegen baar, sein Verkäufer liefert die Papiere dem ersten Käufer und erhält dafür von diesem den Kaufpreis. Da aber derjenige, welcher, sei es das Geld, sei es die Papiere hergibt, in Wahrheit nicht die definitive Absicht hat, sein Geld in Papieren anzulegen oder seine Papiere zu verkaufen, so wird simultan in Bethätigung eines Entschlusses mit dem Kauf ein Rückverkauf (d. h. nicht ein blosses pactum de retrovendendo,

eine emtio-venditio futura, so dass der Verkäufer nach seiner Wahl die verkaufte Sache zurückkaufen oder bei dem Käufer lassen könnte, sondern eine emtio-venditio jam facta, so dass beide Kontrahenten an den Rückverkauf gebunden sind), mit dem Verkauf ein Rückkauf (d. h. nicht ein blosses pactum de retroemendo, sondern der Kaufvertrag selbst) verbunden,[2]) so dass im ersten Falle derjenige, welcher gegen baar gekauft hat, auf Zeit zurückverkauft,[3]) im zweiten Falle derjenige, welcher gegen baar verkauft hat, auf Zeit zurückkauft, in beiden Fällen aber schliesslich der eine wieder Geld, der andere wieder Papiere zurückerhalten soll.

Das Reportgeschäft kann der Schlüssel des Systems der Börsenoperationen genannt werden; durch dasselbe wird es vielen Spekulanten, welche nicht über die nöthigen Geldmittel verfügen, erst möglich gemacht, beträchtliche Spekulationen einzugehen und deren Erfüllung bis zu der Zeit einer günstigeren Koursbewegung hinauszuschieben; allerdings ereignet es sich nicht selten, dass das ganze, oft kunstvoll errichtete Gebäude der Spekulation zusammenstürzt, sobald das Mittel versagt und sich Niemand mehr findet, der mit dem Spekulanten das diesem nothwendige Reportgeschäft eingehen will. Dies wird aber bei normalen Verkehrsverhältnissen nicht leicht der Fall sein; denn das Reportgeschäft ist von ungewöhnlicher Anziehungskraft; es bietet nicht nur den Vortheil einer besonders hohen Verzinsung, sondern auch die Möglichkeit, so rasch als möglich wieder zu seinem Gelde zu kommen, es lässt sich ebenso leicht abwickeln wie eingehen; der reportirende Kapitalist, welcher sein Geld benöthigt, verkauft gegen baar die gegen baar gekauften Papiere und kauft gleichzeitig auf Zeit dieselbe Quantität Papiere zu demselben Lieferungstermine, zu welchem er auf Zeit verkauft hat; dadurch kommt er in die gleiche Lage, als ob er weder gekauft, noch verkauft hätte; denn er wird die auf Zeit gekauften Papiere seinem Käufer liefern und seinem Verkäufer den Preis zahlen, welchen sein Käufer zu entrichten hat; nur wird er der Natur der Sache nach in der Regel durch das zweite Reportgeschäft als Reportirter verlieren, was er etwa bei dem ersten Reportgeschäft als Reporteur gewonnen hat.

Das Reportgeschäft besteht in der Kombination eines Kassageschäftes und eines Zeitgeschäftes; jenes wird erfüllt, wie jedes Kassageschäft; dieses wie jedes Zeitgeschäft, also im Zweifel in Liquidation.[4]) Im letzteren Falle kann

---

[2]) Daher auch nach österr. Recht (§ 1070 allg. bürgerl. G.) nicht unzulässig.

[3]) Daher findet das Verbot des Erwerbs eigener Aktien (A. 215 Abs. 3 H.G.B.) auf das Reportiren der eigenen Aktien durch die Aktiengesellschaft als Reporteur keine Anwendung. R.O.H.G. XXII N. 43 S. 191 fg.

[4]) Nach den Wiener Börsenbed. § 8 können Kost- oder Prolongationsgeschäfte entweder als direkte oder als mittelst Arrangement abzuwickelnde Geschäfte abgeschlossen werden. Die Dauer derselben richtet sich nach der Vereinbarung. Die Kündigung muss stets an einem Werk(Börsen)tage und vor $^1/_2$1 Uhr Mittags erfolgen. Ist über die Dauer oder Kündigung nichts vereinbart, so ist a) ein direktes Kostgeschäft an dem auf die Uebernahme folgenden Werketage direkt wieder abzuwickeln, b) ein mittelst Arrangement abzuwickelndes im nächsten Arrangement. Auf bestimmte Zeit abgeschlossene Kostgeschäfte sind wie Zeitgeschäfte zu behandeln.

eine Skontration erfolgen, so dass weder materielle Lieferung noch Zahlung, sondern eventuell nur eine Differenzzahlung eintritt. Jene Reporteure, welche ihr Geld oder ihre Papiere aus dem Reportgeschäft zurückziehen wollen, liefern als Verkäufer die Papiere und bezahlen als Käufer den Preis und erlangen so eine materielle Erfüllung; der reportirte Spekulant findet in der Regel leicht einen Kapitalisten, der nun als Reporteur eintritt und die Stellung des Ersteren als des Käufers oder Verkäufers bis zu einer späteren Liquidation einnimmt. Jene Reporteure, welche ihr Geld oder ihre Papiere in dem Reportgeschäft belassen und die Kosten des Bezuges der Papiere resp. der Zahlung und sonstige Schwierigkeiten in der Ausführung vermeiden wollen oder welche gar die reportirten Papiere resp. das Geld nicht besitzen, können mit den Reportirten die Fortsetzung des Reportgeschäfts vereinbaren, so dass nur der Reportpreis bei jeder Liquidation bezahlt wird, eine wirkliche Lieferung oder Zahlung aber nicht eintritt. Es ist dann so anzusehen, als ob der Reporteur, der bei dem ersten Reportgeschäfte gegen baar gekauft und auf Zeit verkauft hat, am Stichtage, da er das Geld nicht braucht, diese Operation wiederholt hätte, so dass eine Kompensation rücksichtlich der in Folge des ersten Verkaufes zu liefernden und in Folge des neuen Kaufes unmittelbar wieder zu beziehenden Papiere eintritt und von dem Reportirten lediglich die Differenz der Kaufpreise, d. h. eben der Preis des Reports, zu begleichen ist. Ebenso verhält es sich mit der Prolongation eines Reportgeschäfts, bei welchem der à la baisse spekulirende Reporteur gegen baar verkauft und auf Zeit gekauft hat. Die Prolongation des Reportgeschäfts bringt also juristisch dieselben Wirkungen hervor, wie ein wirklicher Rückkauf oder ein wirklicher Rückverkauf, welcher sich an das vorangegangene Reportgeschäft anschliessen würde. Die einzelnen Prolongationsgeschäfte sind als juristisch durchaus für sich bestehende, keineswegs als untrennbare Theile eines einzigen Vertragsverhältnisses, sondern als Geschäfte zu behandeln, welche nur insofern in einem faktischen Zusammenhang stehen, als in den späteren Geschäften die mit dem ursprünglichen begonnene Spekulation ihre Fortsetzung findet, als das ursprüngliche Geschäft die Basis der ganzen Reihe von Operationen bildet.[5]) Bei der schliesslichen Abwickelung sind daher die aus den früheren Geschäften hervorgegangenen gegenseitigen Ansprüche der Kontrahenten als selbständig und von ihren Ansprüchen aus dem zuletzt geschlossenen Prolongationsgeschäfte unabhängig zu beurtheilen.

Das Reportgeschäft kommt in verschiedenen Modifikationen vor;[6]) zuweilen wird der Report von dem Reportirten nicht verhüllt in der Differenz zwischen

---

[5]) R.O.H.G. Bd. XIX N. 89 S. 308 fg. Vgl. Entsch. des Kassationshofes Rom v. 21. Febr. 1877 in Clunet, Z. IV S. 453—456.

[6]) Nach den Wiener Börsenbd. § 8 können Kost- oder Prolongationsgeschäfte abgeschlossen werden a) zu einem festen Zinssatze vom ausgelegten Geldbetrage, in welchem Falle die laufenden Stückzinsen dem Kostgeber gehören oder b) ohne irgend welche separate Vergütung (umsonst), c) gegen ein Kost- oder Leihgeld. Bei b) und c) gehören die bei einem Effekte eventuell zu berechnenden laufenden Zinsen dem Kostnehmer.

dem Kaufpreise gegen baar und dem auf Zeit, sondern abgesondert neben dem Kaufpreise als Zins (Prolongationspreis, Kostgeld) für den ihm von dem Reporteur gegebenen „Vorschuss“ entrichtet; auch dies genügt nicht um den Vorschuss zu einem mutuum zu machen; da durch den Wiederkauf das ökonomische Resultat des demselben vorhergegangenen Kaufes ungeschehen gemacht wird, so ist es nur billig, wenn dem Käufer, welcher den Kaufpreis ausgelegt hat, von dem Wiederkäufer nicht nur der Kaufpreis restituirt, sondern auch für den Vortheil des Wiederkaufs, durch welchen sich der Wiederkäufer eine Gewinnaussicht wahrt, eine Vergütung bezahlt wird; als ein Theil dieser Vergütung erscheint zuweilen auch der Bezug der an den prolongirten Effekten aufgelaufenen Zinsen.

Der Reporteur läuft dann Gefahr, wenn die reportirten, in seiner Hand befindlichen Papiere im Kourse bedeutend sinken; zuweilen besteht daher für den Reportirten die Verbindlichkeit, sobald der Kours der reportirten Papiere unter einen gewissen Perzentsatz herabgeht, zur Sicherung der ihm durch das Reportgeschäft auferlegten Verpflichtung einen so grossen Nachschuss[7]) zu leisten, als sich als nothwendig herausstellt, um den Koursrückgang zu paralysiren; in einem solchen Falle liegt neben dem Kaufe gegen baar ein Rückkauf vor, dessen Erfüllungszeit nicht blos so, wie bei anderen Reportgeschäften, eintreten soll, sondern auch noch durch die Bedingung bestimmt wird, dass der Nachschuss pünktlich geleistet werde, so dass im Falle der Nichtleistung der Reporteur sofortige Uebernahme der gekauften Papiere gegen Zahlung des Kaufpreises und des bereits aufgelaufenen Kostgeldes verlangen kann.

Unter welchen Abweichungen auch das Reportgeschäft vorkommen mag, immer liegt demselben eine Kombination zweier, auf einem Entschluss beruhender Geschäfte, eines Kaufes und eines Verkaufes, zu Grunde;[8]) es ist unzulässig dasselbe juristisch als ein verhülltes Darleihen gegen Pfand[9]) zu behandeln. Gegen

---

[7]) Nach den Wiener Börsenbed. § 8 kann während der Laufzeit eines Kost- oder Prolongationsgeschäfts weitere Deckung nur gefordert werden, wenn und inwieweit dieses ausdrücklich vereinbart ist. Ist eine Deckungsleistung, jedoch keine Frist dafür bedungen, so ist die Deckung nach Aufforderung bis 10 Uhr Morgens des der Aufforderung folgenden Tages (Sonn- und Feiertage nicht ausgenommen) zu leisten. Unterbleibt die Leistung der geforderten Deckung, so kann der Zuschussfordernde die betreffenden Börsenwerthe nach §§ 11 u. 12 (entspr. A. 311, 354, 355 H.G.B.) verkaufen, resp. (durch einen Börsensensal) kaufen lassen; es liegt ihm aber der Beweis dafür ob, dass er den anderen Kontrahenten zur Deckungsleistung aufgefordert hat.

[8]) Uebereinstimmend: Bender, Verkehr § 95; Thöl, Verkehr § 11, H.R. (6. Aufl.) § 285, Ladenburg, Z. f. H.R. III l. c. S. 417 ff.; Endemann, H.R. § 221 III. Gerber, Deutsch. P.R. § 179 Not. 8, Schaper in Holtzendorffs Encyklopädie s. v. Börsengeschäfte, Gareis in Meyers deutsch. Jahrb. (1873) S. 363; ders. H.R. S. 315 III. Anschütz, Komm. ad art. 309 Not. 14, vgl. R.O.H.G. VI S. 182, XIX N. 89 S. 308 fg., Bd. XXII N. 43 S. 191 fg.; Mollot l. c. Nr. 477—483; Bravard-Veyrières l. c. II p. 122 ff.; Buchère traité des valeurs mobiliers Nr. 811, 936, Bédarride l. c. II Nr. 109—111; Frémery, études p. 473; Guillard S. 72, 274.

[9]) Dagegen auch Entsch. d. oberst. österr. Ghf. in der Allg. österr. Ger.-Ztg. des Jahres 1878 Nr. 13.

diese Behandlung spricht der Umstand, dass das Pfandobjekt Eigenthum des Pfandschuldners bleibt, der auch die Gefahr zu tragen hat und dass der Pfandgläubiger über dasselbe nicht frei disponiren darf, während der Reporteur das freie Verfügungsrecht über die reportirten Papiere erlangt, auch die Gefahr zu tragen hat und lediglich verpflichtet ist, zum bestimmten Termine Papiere des gleichen genus, wie die reportirten, zu liefern. Man müsste demnach ein sog. pignus irregulare als vorhanden annehmen. Auch in der Sprache des Börsenverkehrs wird zwischen eigentlichen Pfand- und Prolongations-(Report-Kost-)Geschäften unterschieden. Wenn auch durch das Reportgeschäft materiell dasselbe Resultat, wie durch ein Darleihen gegen Pfand, verwirklicht werden kann, so fällt hier doch die besondere, gesetzlich zulässige Form, welche die Kontrahenten für ihr Geschäft gewählt haben, entscheidend ins Gewicht, und da es sich nicht um Verfolgung eines rechtswidrigen Zweckes handelt, so geht es nicht an, den Parteien Simulation zur Last zu legen, um so weniger, als hier gerade jene Umstände, welche sonst am meisten geeignet sind, dem Verkauf mit Wiederkauf den Karakter eines Scheingeschäftes zu verleihen, nicht vorhanden sind; weder liegt hier Niedrigkeit des Kaufpreises vor, denn der Reporteur gibt für die Effekten eine Summe, welche sich nach den jeweiligen Verhältnissen des Börsenmarktes richtet und daher als ein genügendes Aequivalent angesehen werden muss, noch wird hier dem Verkäufer (Reportirten) von dem vermeintlichen Scheinkäufer der Genuss der gekauften Sache überlassen, noch berechtigt sonst etwas dazu, die Ernstlichkeit des Kaufes zu verdächtigen. Dazu kommt, dass das Reportgeschäft im weiteren Sinne, welches unzweifelhaft durch Abschluss eines Kaufes mit einer Person und eines gleichzeitigen Verkaufes mit einer anderen durchgeführt wird, unmöglich unter die Rechtsfigur eines Pfanddarleihens gebracht werden kann; zwischen dem Reportgeschäft im weiteren und dem im engeren Sinne besteht aber keine qualitative Verschiedenheit in der rechtlichen Natur des Geschäftes, es ist vielmehr, wie wirthschaftlich eine und dieselbe Spekulation, so juristisch ein und dasselbe Rechtsgeschäft.

Das Reportgeschäft ist ein handelsrechtliches Kreditgeschäft, aber kein mutuum; will man dasselbe juristisch als etwas Neues, als ein Rechtsgeschäft mit besonderem Namen und besonderer rechtlicher Natur, als einen contractus sui generis[10]) bezeichnen, so lässt sich dagegen nichts Erhebliches einwenden, vorausgesetzt, dass man dabei nicht ausser Acht lässt, dass man es nur mit einem aus zwei bekannten Faktoren — einem Kauf gegen baar und einem Kauf auf Zeit — hervorgegangenen neuen juristischen Produkte zu thun hat; ja eine solche besondere Bezeichnung ist sogar wünschenswerth, wenn durch dieselbe die Anschauung zum Ausdruck gelangen soll, dass ein durch die neuen Bedürfnisse des Handelsverkehres erzeugtes Rechtsgeschäft seiner inneren, ökonomischen Natur nach geregelt und nicht in die Schablone eines anderen bereits bekannten Rechtsgeschäftes eingezwängt werden soll.

Das **österreichische** Börsengesetz (§ 15) räumt dem Gläubiger aus Pro-

---

[10]) Vidari l. c. Nr. 15 p. 590.

longations- oder Kostgeschäften, welche den Voraussetzungen des § 12 (Börsengesetz) entsprechen und daher als Börsengeschäfte anzusehen sind, das Recht ein, sich aus den reportirten Papieren oder Waaren ohne gerichtliche Dazwischenkunft nach A. 311 H.G.B. zu befriedigen, mögen auch die für diese Form der Realisirung des kaufmännischen Faustpfandes durch das Handelsgesetzbuch aufgestellten Voraussetzungen nicht vorhanden sein; dieses Recht steht in gleicher Weise rücksichtlich des Pfandes dem Pfandgläubiger aus Pfandgeschäften zu, wenn die letzteren im Sinne des § 12 (Börsengesetz) zu den Börsengeschäften zu rechnen sind.

Abschnitt 4.

Die Lotterie- und Ausspielgeschäfte.[1])

(Von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg.)

I. Begriff. Arten und Quellen.

§ 288.

A. Begriff der Lotterie.

1. Das Wort Lotterie, ital. anfangs lotto, später lottaria, französ.

---

[1]) **Literatur.**

Grolmann, Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäfts, Giessen 1797.

Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen II Nr. 46 und V Nr. 28. Hannover 1807 und 1809.

Lange, die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft, Erlangen 1818.

Bender, die Lotterie, Heidelberg 1832 (Beilageheft zum 15. Bde. des Arch. für d. civ. Praxis), 2. verbess. Aufl. unter dem Titel: Das Lotterierecht, Giessen 1841. (Dazu Bopps Rezension in Richters krit. Jahrb. 1842 XI p. 888 ff.) Die Zitate beziehen sich, soweit nichts anderes dabei bemerkt ist, auf die 2. Aufl.

Neubert, J. L., Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäfte nach gemeinem und sächsischen Recht dargestellt. 2. Aufl., Leipzig 1838.

Elvers in der Themis, N. F. Göttingen 1838 I p. 70—103.

Gruchot, Glossen zum Allg. Landrecht in seinen Beiträgen zur Erläuterung des Preuss. R. XII p. 183—203, 1868.

Preuss. Gerichtszeitung, 1859 Nr. 9, 12, 17 und 21.

Wolff, die Rechtsverhältnisse zwischen dem Lotteriekollekteur und dem Lotteriespieler bei der Klassenlotterie, Arch. für prakt. Rechtswiss. N. F. VI 1869 p. 133—157.

Weiske's Rechtslexikon VI p. 760—765, auch I p. 472 ff.

v. Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. Lotterie, 2. Ed. (Schaper), 3. Ed. p. 678 ff. (Gareis) und 680 ff. (v. Liszt); desselben Handbuch des Strafrechts III p. 829 (Merckel) IV p. 732 (Kayser).

Fr. Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Lotterierecht, Bonn 1882.

Thöl, § 303 ff. Goldschmidt, I § 44 n. 12, § 47 n. 58. Endemann, § 122. Gareis, p. 322, 405, 435. — Glück, Pandekten, XI § 762 p. 357—374,

loterie,[2]) stammt wahrscheinlich vom deutschen Worte Loos ab.[3]) Es

---

Windscheid, § 420. Holzschuher, Theorie und Kasuist., 3. Ed. III p. 767—777. Die Lehrbücher des Deutsch. Privatrechts von Runde, § 212, Danz II § 212. Eichhorn, § 110. Mittermaier, II §§ 299, 300. Wolff, I p. 359—365. Gengler, Lehrb. p. 739—753, P.R. p. 432 ff. Hillebrand, § 118. Walter, p. 418—421. Beseler, § 112. Gerber, § 193. Stobbe, III § 195, sowie Gründler, Polemik des germ. Rechts 1833 II p. 153—165. Die Lehrbücher und Kommentare der Partikularrechte, besonders Preussens (Bornemann, 2. Ed. III p. 193—232. Koch, Recht der Forderungen, 2. Ed., III p. 778—791. Förster-Eccius, II p. 134 ff. Dernburg, 2. Ed. II p. 405 ff.), Sachsens (Haubold, 3. Ed. § 295b. Siebenhaar, p. 711. Schmidt, I p. 473—475), Hannovers (Grefe, 3. Ed. II p. 397 ff.), Braunschweigs (Steinacker, § 144), Hamburgs (Baumeister, I p. 367 ff.), Oesterreichs (Zeillers Kommentar, III p. 1273, Kirchstetters Kommentar, p. 147 und 597 ff.), Württembergs (Reyscher, II p. 355).

Ferner Kuntze, Inhaberpapiere, 1857 p. 19 ff., 78, 492 ff.

Krügelstein, Spiel und Wette, 1869 p. 4, 13, 30.

Schuster, das Spiel, 1878 p. 101, 196, 218.

Arnold, prakt. Erört. aus dem Rechtsgebiete, Erlangen 1857 Heft 3 Erört. XVIII. p. 434 ff.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für Sachsen, III p. 83 ff. (Schwarze), N. F. XI p. 193—207 (Du Chesne).

Buschs Archiv II p. 9—17 (Dietrich), VI p. 110 ff. (Ackermann).

Hannov. Jurist. Zeitung, 1827 II 2 p. 8 ff., 1828 III 1 p. 146 ff. (Freytag) III 2 p. 74 ff. (Hennings) und 139 ff., 1829 IV 1 p. 93 ff. und 2 p. 186 ff. (Vorwerk), 2 p. 52 ff. (Eickemeyer), 1830 V 2 p. 59 ff. (Brauns).

Dalloz, répert. de législ. XXX (1853) p. 257—264.

Pardessus, cours de droit commercial, 6. Ed. 1856 I p. 384 ff.

Lyon-Caen et Renault, précis de dr. comm. 1879 p. 186, 187.

Clunet, Consultation: société, émission d'obligations, loterie, Paris 1881.

Namur, le code de comm. belge revisé II p. 279 ff.

Kist, beginselen II p. 415 ff.

Annuaire de législation étrangère, X 1881 Paris p. 320—327.

Rau, Finanzwissenschaft 5. Ausg., Leipzig 1864 §§ 220—225.

Schönberg, Handb. der polit. Oekonomie 1882 II p. 53 ff. (v. Scheel), 402 ff. (Schall), 444 (Wagner) u. 634 ff. (E. Löning).

Ueber die ältere Literatur vgl. Bender, p. 22 ff., Neubert, p. 13 ff., Bopp, p. 891, Weiske, p. 760 und Fr. Endemann, p. 39, 42 ff., 51 ff.

Ueber die noch sehr lückenhafte Geschichte der Lotterie: Joh. Beckmann, Beiträge zur Geschichte der Erfindungen, V St. 3, 1804 p. 309—339, Bender, 1. Ed. p. 8—17, 2. Ed. p. 1—12, Rau a. a. O. und jetzt besonders Fr. Endemann, p. 33 ff., 47 ff. — Fokker, geschiedenis der loterijen in de Nederlanden, 1862, und Petiti di Roreto, del Giuco del Lotto, Turin 1853 (Geschichte p. 64 ff.), waren mir unzugänglich.

Die Pläne der 5 deutschen Staatslotterieen sind abgedruckt bei

H. Bartholomaey, Die Staatslotterieen des Deutschen Reichs in ihrer neuesten Einrichtung. 2. Ausg. Braunschweig 1882.

[2]) In Frankreich früher numéro oder blanque. Dalloz, p. 257, Bender, p. 13 n. 1. Fr. Endemann, p. 41, konstatirt, dass lotto ursprünglich nur in Italien und dort ausschliesslich gebraucht wurde, während lotterie gleichzeitig in Spanien, Holland etc. für denselben Begriff allgemein übliche Bezeichnung war. Ueber den Ausdruck riffa, raffe, raffle, vgl. ebendas. p. 40 und 54, sowie Annuaire de législ. étrang. 1881 p. 323 (unten § 289 n. 9).

[3]) Bender, 1. Ed. p. 18 n. 1, Grimm, Wörterbuch p. 1214, und Littré, dict.

bedeutet in seinem allgemeinsten Sinne jede Ausloosung, auch die unentgeltliche.[4])

2. In minder weitem Sinne bezeichnet Lotterie nur die entgeltliche Ausloosung, d. h.[5]) ein **Unternehmen**, welches gerichtet ist auf den Abschluss einer Anzahl gleichartiger Verträge, durch welche sich der eine Kontrahent (der **Unternehmer**) gegen eine unbedingte Leistung des anderen Kontrahenten (des **Spielers, Einsetzers** oder **Theilnehmers**) zu einer Gegenleistung unter der Bedingung verpflichtet, dass ein vereinbartes, der Einwirkung des Zufalls ausgesetztes Zeichen in einer bestimmten Weise zur Erscheinung gelangt.

3. Die Leistung des Theilnehmers heisst **Einsatz, Einlage, Einschuss** oder **Satz.**[6]) Der Einsatz muss im voraus bestimmt, braucht aber seiner Höhe nach nicht deutlich erkennbar zu sein.[7]) Der Regel nach besteht er in einer Geldzahlung.[8]) Zum Einsatz ist der Theilnehmer unbedingt, sowohl für den Fall des Verlustes, als des Gewinnes[9]) verpflichtet.

II 345: „Loterie, etym. lot par l'intermédiaire d'un verb fictif loter, faire des lots. Lot du germanique ah. hloz, goth. hlauts". Vgl. dagegen Dalloz a. a. O.: „Les étymologistes ne sont pas d'accord sur l'origine de ce mot; les uns le font dériver du mot français lot, part, portion du butin, les autres du mot italien lota, lutte" und jetzt besonders Fr. Endemann, p. 39: „Die Möglichkeit der Lautveränderung (von Los in lotto) wird nach dem neuesten Stande der Sprachwissenschaft geleugnet". Verschiedene Ableitungen (von ludus, λογχή, λαγχάνω, dem biblischen Lot) referirt derselbe p. 39 und 40; er selbst hält p. 40 n. 5 es für möglich, dass sich vielleicht ein Zusammenhang mit dem Worte Lotter, wie es in Lotterbube, Lotterleben vorkommt, finden liesse. Aehnlich May in Pütters Erört. des deutsch. Staats- u. Fürstenrechts, 1793, p. 503.

[4]) So schon Duffläus, etwa 1594 (bei Fr. Endemann, p. 40), Grimm a. a. O., Schaper a. a. O.: „L. i. w. S. ist jede Gewinnverspielung vermittelst des Looses." — Lotterieen ohne Entgelt, die sog. Fest- oder Freigebigkeitslotterieen, sind in Wahrheit Schenkungen. Vgl. über dieselben Bender, p. 1 n. 1 und Dalloz a. a. O., sowie Fr. Endemann, p. 34 und 82.

[5]) Die Definitionen der Schriftsteller sind bei dem Schweigen der Gesetze höchst mannigfaltig. Bender definirt in beiden Auflagen verschieden (p. 33 resp. 25). Viele definiren nur die Nummernlotterie oder gar nur die Klassenlotterie. Die Definition des Textes schliesst sich mit etlichen Abweichungen der Begriffsbestimmung von Gareis, R.Lex. p. 678 an. Zu eng auch Fr. Endemann, p. 94 und 81, der als eigentliche Lotterie nur die Geldverloosung gelten lässt. Diese Beschränkung widerspricht aber nicht nur der von ihm selbst nachgewiesenen historischen Entwickelung, sondern auch dem heutigen Sprachgebrauch (man denke z. B. an die Kölner Dombaulotterie). Vgl. § 289 n. 12.

[6]) Bender, 1. Ed. p. 34.

[7]) Fr. Endemann, p. 82. Erk. des R.G. in Strafs. I p. 205 (9. 1. 1880) und II p. 390 (26. 10. 1880); vgl. auch das Erk. des Preuss. O.T. v. 27. Oktbr. 1859 bei Oppenhoff, Str.G.B. § 286 n. 3. Hillebrand, p. 393, spricht von einem „mehr oder minder bestimmten Geldeinsatz".

[8]) Der Einsatz eines fixen Geldbetrages wird meist für essentiell erklärt (z. B. von Gareis); doch dürfte der Begriff der Lotterie dadurch noch nicht aufgehoben sein, dass die Spieler andere geldwerthe Dinge einzusetzen verpflichtet sind, etwa bei einer Privatlotterie auf dem Lande Naturalien. Vgl. noch Fr. Endemann, p. 125.

[9]) Ueber die unbedingte Einsatzpflicht des Spielers herrscht unter den Schriftstellern Uebereinstimmung. Vgl. z. B. Bender, p. 25, Windscheid, § 420 a. E.

4. Die Leistung des Unternehmers wird **Gewinn, Preis** oder **Treffer** genannt. Der Gewinn muss aus im voraus genau bestimmten und begrenzten Objekten bestehen. Ob diese Objekte fungibel oder nicht fungibel, Geld oder Waaren sind, scheint für den Begriff der Lotterie irrelevant.[10]) Es ist nicht unbedingt erforderlich, dass die Gewinne aus dem durch die Einsätze gebildeten Spielfonds hervorgehen.[11]) Es ist ferner für den Begriff der Lotterie unwesentlich, ob die Gewinne nur einzelnen Theilnehmern zufallen, die übrigen aber ihren Einsatz verlieren sollen.[12]) Ein Unternehmen ist vielmehr selbst dann Lotterie, wenn bei Verschiedenheit der Treffer alle Theilnehmer gewinnen, ein Fall, der nicht nur bei Wohlthätigkeitslotterieen vorkommt.[13]) Endlich dürfte der Lotteriebegriff auch dadurch noch nicht aufgehoben werden, dass das der Einwirkung des Zufalls ausgesetzte Zeichen möglicher Weise für keinen der Theilnehmer entscheidet, mithin diese sämmtlich verlieren,[14]) nur darf dieser Ausgang nicht ein unvermeidlicher sein; die Theilnehmer müssen vielmehr jedenfalls die Möglichkeit des Gewinnes haben.

Die Verpflichtung des Unternehmers zur Gewinnleistung ist stets eine **bedingte.** Sie ist es auch dann, wenn bei Verschiedenheit der Treffer jeder Theilnehmer gewinnen soll, denn in diesem Falle ist der Inhalt der Leistung unbe-

---

Gareis, p. 678, Koch a. a. O., Kirchstetter, p. 598, Fr. Endemann, p. 82: „Man verliert gewiss den Einsatz, gewinnt vielleicht“. Manche Gesetze und Autoren machen sogar die Perfektion des Lotterievertrags von der Leistung des Einsatzes abhängig. Vgl. unten § 292 n. 5. Dagegen ist das R.G. (in Strafs. I p. 737, 7. 5. 1880) der Ansicht, dass der Begriff der Lotterie dadurch nicht aufgehoben werde, dass im Falle des Gewinnes ein Einsatz gar nicht bezahlt zu werden braucht.

[10]) cf. oben Not. 5 u. unten § 289 Not. 7 ff. u. 291 Not. 1.

[11]) Wie Manche annehmen, z. B. v. Wolff u. die Jurist. Fakultät Erfurt 1764 (in Schorchs Neuer Sammlung 1798 Nr. 21 p. 133 ff.), Nettelbladt 1785 (bei Gruchot, p. 183), Schaper a. a. O. und Walter, p. 420, auch Fr. Endemann, p. 96. Man denke aber nur an die Zusammenbringung der Gewinne bei Wohlthätigkeitslotterieen durch Geschenke!

[12]) Wie Clunet, p. 10 und anscheinend auch Merkel, p. 829 meinen. Vgl. dagegen R.G. in Strafs. II p. 390 u. Preuss. O.T.Erk. v. 27. Oktbr. 1859 a. a. O.

[13]) So erhielt man bei der Frankfurter Lotterie von 1750 als Gewinn mindestens seinen Einsatz zurück (Bender, 1. Ed. p. 16 Not. 17); bei der Rostocker Lotterie von 1703 waren sogar 2178 Treffer mehr als Loose projektirt (ebendas. p. 22). Auch bei der englischen Lotterie von 1569 gab es keine Niete. Beckmann, p. 331 Note. — Sind die Gewinne aller Theilnehmer ganz gleich, so liegt nicht Lotterie, sondern Kauf, Tausch oder Schenkung vor.

[14]) Anders allerdings das R.G. in Strafs. I, 209 (10. 1. 1880): Promessenverkauf und Lotterie unterscheiden sich dadurch, dass bei letzterer stets Gewinne gemacht werden, und die Ziehung nur entscheidet, wer gewinnt. — Man denke aber an den Glückstopf, falls bei successiver Ziehung durch die einzelnen Spieler keiner derselben die markirten Kugeln trifft (Lange, p. 19 Note), oder an den als Lotterie vom R.G. (I p. 736, 7. 5. 1880) aufgefassten Fall, in welchem Jemand in der Weise Südfrüchte zum Absatz anbietet, dass der einzelne Gast je nach dem Zufallsergebniss einer Nummer gewinnt oder verliert. Auch bei dem Zahlenlotto ist es wenigstens denkbar, dass die herausgekommenen fünf Nummern von keinem Spieler besetzt waren. Vgl. unten § 291 bei Not. 27.

stimmt, und zwar ist diese Unbestimmtheit immerhin von der Art, dass sie die Existenz der Verpflichtung in Frage stellt.[15])

5. Das entscheidende Zeichen heisst das **Loos.**[16]) Die Art des Zeichens ist für den Lotteriebegriff unwesentlich. Die **Nummer** ist nur das beliebteste, keineswegs das einzige Loos.[17]) Noch weniger ist die Ausgabe von nummerirten Loosurkunden (Loosen) an die Theilnehmer essentiell.[18]) — Nur der Zufall darf die Entscheidung treffen.[19])

6. Das Verfahren, mittelst dessen das Loos der Entscheidung des Zufalls ausgesetzt wird, pflegt man die **Ziehung** zu nennen. Dies Verfahren kann technisch sehr verschieden sein.[20]) Ein Herausziehen des Looses im buchstäblichen Sinne ist nicht erforderlich.[21]) Die Ziehung kann durch den Unternehmer oder dessen Vertreter[22]) oder durch die Theilnehmer erfolgen; die Letzteren können in einem Gesammtakt oder einzeln nach einander, persönlich oder durch Vertreter hierbei thätig sein.[23]) Es bedarf aber nicht einmal der Thätigkeit des betreffenden Unternehmers oder der betreffenden Theilnehmer; vielmehr ist auch dasjenige Unternehmen eine Lotterie, bei welchem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust durch die Ziehung einer anderen Lotterie sich bestimmt.[24])

7. Die einzelnen Verträge, auf deren Abschluss das Lotterieunternehmen gerichtet ist,[25]) werden **Lotterieverträge** oder[26]) **Lotteriegeschäfte** genannt.

---

[15]) Vgl. Windscheid, § 254 a. E.

[16]) Eine Anzahl Definitionen des Looses stellt Gruchot p. 203 ff. zusammen. Vgl. über den Gebrauch des Looses auch Gengler, Lehrb. p. 750 ff. Not. 51.

[17]) Andere Zeichen sind besonders farbige oder sonst markirte Kugeln. — Vgl. Gareis, p. 679 a. E. und unten § 292 Not. 1. Manche Definitionen erklären die Nummer für essentiell, z. B. Lange, p. 18 (Spielanstalt, wobei der Gewinn durch Ziehung einer Nummer entschieden wird).

[18]) Wie Dalloz, Stobbe, Fr. Endemann, p. 140 („keine Theilnahme ohne Loos") annehmen. Vgl. aber § 292 Not. 1, 8 ff. und Kuntze, p. 78.

[19]) Fr. Endemann, p. 81.

[20]) Bender, 1. Ed. p. 18—30 über die technische Einrichtung.

[21]) So wurde die Breslauer Nummernlotterie von 1717 mittelst wiederholter Würfe von 4 zwanzigseitigen Würfeln zur Entscheidung gebracht. Bender, 1. Ed. p. 24.

[22]) Nach dem preuss., braunschw. und mecklenb. Plane durch Waisenknaben. Vgl. Fr. Endemann, p. 111 Not. 4.

[23]) Vgl. Erk. des R.G. vom 7. Mai 1881 I p. 736. Vgl. unten § 289 bei Not. 22.

[24]) Dieser Art war z. B. die sog. Industrieunion zu Kopenhagen (vgl. darüber Z. f. R. u. V. in Sachsen N. F. XVII p. 362). Vgl. überhaupt Bender, 1. Ed. p. 27 Not. 6, Lange, p. 17, auch die Entsch. des R.G. in Strafs. I p. 194 (5. 1. 1880) II p. 390 u. 639 (26. 10. 1880 u. 17. 12. 1880), sowie Fr. Endemann, p. 81.

[25]) Verwechselungen von Lotterieunternehmen und Lotterievertrag begegnen nicht selten. Richtig schon Nettelbladt 1785 (bei Gruchot, p. 183): inter ipsam lottariam et quae circa eam obveniunt ... pacta, distinguendum est. Vgl. auch die Definitionen bei Stobbe, Gareis, Dernburg und R.G. in Strafs. I p. 194 (5. 1. 1880), auch das neue Schweizer Oblig.R. Art. 515 u. 516.

[26]) Bornemann, p. 194: Das Lotteriegeschäft ist ein Vertrag... Ebenso Fr. Endemann, p. 94. Bender, 1. Ed. p. 33: Das Lotteriegeschäft ist derjenige Vertrag.. Ebenso Neubert, p. 16. — Mitunter wird jedoch das Wort Lotteriegeschäft

Wenngleich das Unternehmen auf Abschluss einer Mehrheit von gleichartigen Verträgen **gerichtet** ist, so ist doch für den Lotteriebegriff eine Mehrheit von Theilnehmern nicht unerlässlich.[27]) Oder hörte das Unternehmen auf, ein Lotterieunternehmen zu sein, falls der Unternehmer etwa nur die Hälfte seiner Loose und zwar diese sämmtlich an eine Person abgesetzt hat?

§ 289.

B. Arten der Lotterie.

Die Lotterieen zerfallen

1. nach der Person des Unternehmers in **fiskalische** oder **Staatslotterieen** und in **nichtfiskalische**.[1]) Letztere sind theils obrigkeitlich autorisirte, theils geduldete, theils unerlaubte;[2])

2. nach dem Spielerkreis in **öffentliche** und **private**. Diese Eintheilung deckt sich nicht mit der ersten.[3]) Die Lotterie ist eine öffentliche, wenn sie dem grossen Publikum, eine private, sofern sie nur einem im Voraus durch eine Individualbeziehung (des Berufs etc.) begrenzten engeren Kreise zugänglich gemacht ist.[4])

3. Nach der Art der Gewinne unterscheidet man oft **Geldlotterieen** und **Waarenlotterieen**.[5]) Es können indess nicht nur Waaren, sondern Sachen aller

---

im Sinne von Lotterieunternehmen gebraucht; so Bender, p. 25 (2. Ed.): „Dieses Geschäft besteht also aus einer gewissen Zahl von Spielverträgen." — In einem noch anderen Sinne wendet man das Wort Lotteriegeschäft dazu an, um die gewerbliche Thätigkeit des Unternehmers oder Kollekteurs in ihrer Gesammtheit zu bezeichnen. Vgl. Z. f. H.R. VIII p. 618, wo von einem Lotteriehauptkollektionsgeschäft gesprochen wird.

[27]) Vgl. Preuss. O.T.Erk. v. 27. Oktbr. 1859 (Oppenhoff, § 286 Not. 3): „Dagegen lässt sich nicht aufstellen, dass bei der Lotterie dem Veranstalter nothwendig eine Mehrheit von Spielern gegenüberstehe". Vgl. auch Fr. Endemann, p. 81: „Wie gross die Zahl der Theilnehmer sei, ist begrifflich gleichgültig". Dagegen wird in Heusers Annalen 1856 p. 1 ff. sogar gefordert, dass die Zahl der Spielenden immer bestimmt sein müsse (Gruchot, p. 197 Note).

[1]) Der Unterschied hat in Oesterreich (§ 1274 A.B.G.B.) auch privatrechtliche Bedeutung: „Staatslotterieen sind nicht nach der Eigenschaft der Wette und des Spieles, sondern nach den . . Plänen zu beurtheilen". — Die nicht fiskalischen Lotterieen sind die älteren Lotterieen. — Ueber die in Deutschland bestehenden 5 Staatslotterieen vgl. Fr. Endemann, p. 77 ff.

[2]) Ueber die privatrechtliche Wirksamkeit des Spielens in unerlaubten Lotterieen vgl. unten **§ 299.**

[3]) Das wird oft übersehen; so identifizirt Koch, p. 778 die Privatlotterie mit der nichtfiskalischen, während doch viele nichtfiskalische zu den öffentlichen Lotterieen gehören. Vgl. überhaupt Fr. Endemann, p. 40, 45, 47, 55, 61 Nr. 1 u. 80; ob die privatim veranstalteten Lotterieen von „geringerer Bedeutung" sind, mag dahingestellt bleiben; dass sie aber „kaum als Lotterie i. e. S. zu betrachten" sind, muss bestritten werden.

[4]) Dernburg, p. 405. Oppenhoff, Nr. 12 zu § 286. R.G. in Strafs. 1 p. 576 (12. 4. 1880). v. Liszt a. a. O. Fr. Endemann, p. 83. Der Unterschied hat zunächst für das Strafrecht, sodann aber auch für das Privatrecht Bedeutung.

[5]) Lange, p. 20. Bender, p. 2 u. 26. — Rau, § 225 Not. b. Wolff, Lehrb. p. 361. Die Waarenlotterie ist älter als die Geldlotterie. Fr. Endemann, p. 81.

Art, selbst Immobilien,[6] den Gegenstand von Lotterieen bilden; auch ist die Kombination von Geld und sonstigen Gewinnen nicht ganz selten.[7] Es dürfte daher zu unterscheiden sein zwischen

a. **Quantitätenlotterie.** Hauptfall ist die **Geldlotterie.**

b. **Spezieslotterie** oder **Ausspiellotterie,** gewöhnlich **Ausspielgeschäft,**[8] in Italien heute **riffa**[9] genannt. Sie kann sich auf ein oder mehrere[10] Sachindividuen beziehen. Die mehreren Sachindividuen können einen oder mehrere Gewinne ausmachen.[11]

c. **kombinirter Lotterie,** deren Gewinne theils bestimmte Sachindividuen, theils Quantitäten (in der Regel Geldsummen) bilden.[12]

4. Nach der Art des Zeichens in die **Nummern**lotterie und die Lotterie ohne Nummern. Die beiden wichtigsten, aber nicht die einzigen[13] Arten der Nummernlotterie sind

a. die **italienische** oder **Zahlen**lotterie (Lotto, Lotto di Genua),[14] bei welcher eine bestimmte Anzahl — gewöhnlich 5 von 90 fortlaufenden — Nummern in einer Ziehung gezogen, verschiedenartige Einsätze zugelassen werden, und die Gewinne der Einsatzgrösse proportional sind.

---

[6]) Ueber die Freiheit der Immobil.-Lotterie in Preussen 1810—1812 vgl. Fr. Endemann, p. 80 Nr. 4. Ueber die Missbräuche der Immobil.-Lotterieen in Frankreich vgl. die histor. Mittheilungen bei Clunet, p. 7.

[7]) Vgl. unten Nr. 12.

[8]) Lange, p. 20 und 21, unterscheidet zwischen Ausspiellotterie und Ausspielgeschäft. Letzteres sei der weitere Begriff. Die Ausspiellotterie beziehe sich nur auf die Verloosung von Sachen mittelst Ziehung einer Nummer, das Ausspielgeschäft auch auf das Auswürfeln, Auskegeln etc. Vgl. auch Wolff, I p. 359 und 361: „Die sog. Waarenlotterie ist nur eine Art des Ausspielgeschäfts" und Fr. Endemann, p. 37 und 81; auch oben § 288 Not. 5 u. unten § 301.

[9]) Annuaire de législ. a. a. O. p. 323: „Le mot riffa .. désigne certains jeux de hasard où d'ordinaire la mise est peu importante, où les lots consistent en objets quelconques et non en argent, et qui se tiennent le plus communément sur la voie publique." Vgl. auch oben § 288 Not. 2.

[10]) Viele Autoren sprechen nur vom Ausspielen einer einzelnen Sache, z. B. Gareis, p. 680, Walter, p. 418, Hillebrand, p. 398, Stobbe, p. 345. Vgl. dagegen Dernburg, p. 405, Schmidt, p. 475.

[11]) Das Zürich. G.B. § 1777 spricht von „dem oder den Siegern." Lange, p. 21 meint, dass „in der Regel" — also scheint er Ausnahmen zuzulassen — „nur Einer der Theilnehmer gewinne".

[12]) So bei der engl. Lotterie v. 1569 (Fr. Endemann, p. 47 Nr. 3), der Kölner Dombaulotterie u. a. m. Hierher gehört auch der Fall, dass der Gewinner zwischen Uebergabe einer bestimmten Sache oder einer Geldsumme die Wahl hat. Bluntschli, Privatr. G.B. für Zürich III p. 606. Beispiele bei Fr. Endemann, p. 79 Not. 2; vgl. auch p. 83 u. Gruchot, p. 203 Not. 2.

[13]) Auch bei dem Glückstopf kann das Zeichen in Nummern bestehen. Vgl. Gareis, p. 680, Lange, p. 18 Anm. Vgl. auch oben § 288 Not. 17.

[14]) Ueber das Historische und Technische des Lottos oder der Januensis sponsio Bender, p. 2 ff., 1. Ed. p. 26—30, Rau, §§ 222—224 u. besonders Fr. Endemann, p. 71—76. Das Lotto ist in Deutschland und Frankreich abgeschafft; in Oesterreich und Italien besteht es noch. Ueber Italiens neueste Gesetzgebung vom Jahre 1880 vgl. jetzt insbesondere Annuaire de législ. étrangère 1881 p. 314, 320—325. Vgl. auch Scheel a. a. O.

b. die **holländische** oder **alte** Lotterie, Lotterie im engeren Sinne,[15]) bei welcher eine bestimmte, gewöhnlich überaus zahlreiche Anzahl von Nummern [16]) gezogen werden, die Gewinne aber nicht der Einsatzgrösse proportional, vielmehr im Voraus nach Grösse und Zahl planmässig festgesetzt sind. Die Ziehung erfolgt entweder ununterbrochen [17]) oder, was üblicher, in mehreren Abtheilungen, sog. **Klassen**. Nur für den letzteren Fall ist die Bezeichnung **Klassenlotterie** berechtigt, die freilich oft für jede holländische Lotterie gebraucht wird.[18]) Die Einsätze sind, wenn auch für die einzelnen Klassen möglicherweise verschieden, in jeder Klasse doch unter sich gleich hoch.[19]) Die Gewinne pflegen in den letzten Klassen höher zu sein, als in den ersten.[20])

5. Nach der Person Desjenigen, der die Entscheidung des Zufalls herbeiführt, kann man die **regulären** Lotterieen, bei welchen der Unternehmer oder sein Organ das Loos zieht, von den **irregulären** trennen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Zu den irregulären gehören einerseits diejenigen Lotterien, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch die Ziehung einer anderen Lotterie sich bestimmt,[21]) andererseits jene Lotterieen, bei denen die Theilnehmer in Person oder durch Vertreter, successive oder in einem Akt, die Entscheidung des Zufalls herbeiführen, wie dies namentlich bei den **Glückstöpfen (Glückshäfen, ollae** oder **urnae fortunae)** [22]) üblich ist.

---

[15]) Ueber das Historische und Technische Fr. Endemann, p. 48—50, 71, 77 ff., 94, Bender, p. 3 ff., 12 ff., Rau, § 225, Kuntze, p. 78, Scheel a. a. O. Für Preussen vgl. noch v. Rönne, Erg. u. Erl. zum Allg. Landrecht I, 11 § 547 ff. und Koch, III p. 778 ff. Für Sachsen Haubold a. a. O. Not. b. u. c. Bez. Englands vgl. Rau, § 225 Not. g, u. Stephen, new comment. on the laws of England 5. Ed. 1863 IV p. 355 u. unten Not. 24. Bez. Hollands Kist a. a. O. Bez. Frankreichs Clunet, p. 1 ff.

[16]) Fr. Endemann, p. 77, definirt die Lotterieen im eigentlichen Sinne als Ausspielungen, bei denen bestimmte festgesetzte Preise unter eine gewisse Anzahl von Looskäufern verloost werden. Es ist aber nicht die Zahl der Looskäufer eine festgesetzte, sondern nur die der Nummern. Ein Theilnehmer kann mehrere Nummern haben. Vgl. auch oben § 288 Not. 27.

[17]) Dieser Art war z. B. die Lübecker Lotterie (Bender, p. 13) und die Preuss. kleine Geldlotterie (Courantlotterie). Vgl. Koch, p. 779, Rau a. a. O. Not. a.

[18]) Vgl. Rau a. a. O., Fr. Endemann, p. 77.

[19]) Bender, p. 26, Hillebrand, p. 394, Weiske, p. 760. Unrichtig Gareis, R.Lex. p. 679: „Das Lotto (Lotteriegeschäft in diesem Sinne, sowohl die Zahlen-, als die Klassenlotterie umfassend), welches darin besteht, dass der Lotterieunternehmer Einzahlungen von verschiedener Höhe und .. zu dem Ende erhält, dass .. alsdann der Gewinn proportional (entsprechend der Höhe der Einzahlung) ausbezahlt werde“.

[20]) Fr. Endemann, p. 77.

[21]) Bender, 1. Ed. p. 26 Nr. 6 a. E. und oben § 288 Not. 24.

[22]) Ueber Glückstöpfe vgl. Lange, p. 18 u. 19, Note, der in Gemässheit seiner Lotteriedefinition (vgl. oben § 288 Not. 17) nur diejenigen Glückstöpfe, in welche Marken mit fortlaufenden Nummern gelegt sind, zu den Lotterieen rechnet. Vgl. noch Bender, p. 26, Gareis, R.L. 680, v. Liszt, 681, Oppenhoff, Not. 17 zu § 286 Str.G.B., R.G. in Strafs. I p. 736 (7. 5. 1880), sowie v. Kreittmayr (bei Gruchot, p. 184 Not. 1). — Hellfeld, jurispr. for. 6. Ed. 1783 § 762 übersetzt Lotterie geradezu und allgemein mit urna fortunae. Ebenso Joh. Voët (ollae fortunae vulgo Lotteryen), Pufendorf, Stryk u. Hofacker, princ. jur. civ. § 2075. Del Rio bemerkt wenigstens von der

6. Nach dem Zwecke kann man die **Wohlthätigkeits-** von den **Finanz**lotterieen sondern.[23])

7. Endlich hat man nach der Verbindung der Lotterie mit anderen Rechtsgeschäften **reine** und **gemischte** Lotterieen zu unterscheiden. Ein Hauptfall der gemischten Lotterie ist die Lotterieanleihe.[24])

§ 290.

C. Quellen des Lotterierechts.

1. Die Reichsgesetzgebung hat sich mit den Lotterieen vorzugsweise im steuerfiskalischen [1]) und im strafrechtlichen [2]) Interesse beschäftigt.

Die Reichsgewerbeordnung schliesst ihre Anwendbarkeit auf den Vertrieb von Lotterieloosen im § 6 ausdrücklich aus.

Das Handelsgesetzbuch enthält keine Spezialbestimmungen über die Lotterie. Ob seine allgemeinen Bestimmungen Anwendung finden, hängt davon ab, ob im gegebenen Falle, was vielfach zu bejahen, die Lotteriegeschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen sind.[3])

2. Die Partikularstaaten haben sich zum Theil etwas mehr mit den Lotterieverhältnissen beschäftigt;[4]) eine wirklich eingehende Regelung der privatrechtlich in Betracht kommenden Punkte findet sich indess mit Ausnahme Preussens wohl nirgends.[5])

3. Eine hochwichtige Quelle des Lotterierechts bilden die **Lotteriepläne,** d. h. die Regeln, welche der Unternehmer vor Beginn der Lotterie als für das Unternehmen maassgebend bekannt gemacht hat. Sie bedürfen meist, aber

---

Privatlotterie: „quidam vocant „ludum ollae" propter urnam s. ollam in quam sortes jaciuntur (bei Fr. Endemann, p. 40 u. 54). — Die von Bender 1. Ed. p. 9 citirte Schrift Sig. Suevis v. Jahre 1582 über die Glückstöpfe ist auch mir unzugänglich gewesen.

[23]) Die Unterscheidung ist nicht nur für die Stempelpflicht (R.Ges. v. 1. Juli 1881 Tarifnummer 5) bedeutsam. Vgl. unten § 296 bei Not. 44. In Elsass-Lothringen und Frankreich nehmen die Lotterieen zu künstlerischen oder mildthätigen Zwecken eine privilegirte Stellung ein. v. Liszt a. a. O., Kayser, p. 732. In England sind certains associations for disposal of works of art as prizes gestattet durch 21./22. Vict. c. 102. Vgl. Stephen a. a. O.

[24]) Andere Fälle: Verbindung der Lotterie mit der Pränumeration auf ein literarisches Werk oder mit einer Theatervorstellung. Vgl. oben § 288 Not. 7 und v. Liszt, p. 681. Ueber loterie simple und loterie mixte vgl. auch Annuaire a. a. O.

[1]) R.Ges. v. 8. Juni 1871, betr. die Inhaberpapiere mit Prämien. R.Ges. v. 1. Juli 1881, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben, §§ 12—20; dazu Ausführungsvorschriften 11—18. Vgl. auch Fr. Endemanns statistische Angaben p. 77 ff. Not. 3. Schall a. a. O.

[2]) R.Str.G.B. § 286, R.Ges. v. 8. Juni 1871 § 6. Vgl. v. Liszt a. a. O. u. Fr. Endemann, p. 82 ff.

[3]) Vgl. unten § 295.

[4]) Ein Verzeichniss der Gesetze und Verordnungen von 17 deutschen Bundesstaaten u. Oesterreichs bis z. J. 1840 bei Bender, p. 149—152. Vgl. jetzt noch Fr. Endemann, p. 85—87 u. Löning in Schönbergs Handb. II p. 635 Not. 18.

[5]) Bender, 1. Ed. p. 3. — Preuss. A. L.R. I 11 § 547—568. — Oesterreich §§ 1273 u. 1274 verweist für die nichtfiskal. Lotterie lediglich auf die Wett- und Spielvorschriften, für die Staatslotterie lediglich auf den Plan. Vgl. aber auch das Oesterr. Gesetz v. 30. Juni 1878 über das Promessengeschäft. Das K. Sächs. B.G.B. beschränkt

nicht stets der staatlichen Bestätigung.[6] Der Plan bildet in Streitfällen zwischen Unternehmer, Kollekteur und Theilnehmern der betreffenden [7] Lotterie als lex contractus insoweit die prinzipale Entscheidungsnorm,[8] als nicht absolute Gesetze [9] oder erlaubte [10] Privatvereinbarungen entgegen stehen.[11] Den Plänen der Staatslotterieen ist mitunter geradezu Gesetzeskraft beigelegt.[12] Pläne sind indess stets wie Verträge, nie wie Gesetze zu interpretiren.[13] Sie unterliegen, insoweit sie Abweichungen von allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen enthalten, einer strikten Auslegung: wo es sich um das Verhältniss der Theilnehmer handelt, werden sie im Zweifel gegen den Unternehmer resp. gegen den Kollekteur zu interpretiren sein.[14] Unkenntniss des publizirten Planes schützt nicht.[15]

4. In Lotteriestreitigkeiten ist daher die Reihenfolge der Entscheidungsnormen die folgende:

a) absolute Gesetze,

b) Vereinbarung der Parteien,

c) der betreffende Lotterieplan,

d) soweit Handelsgeschäfte in Frage, die dispositiven Bestimmungen des H.G.Buchs, eventuell das Handelsgewohnheitsrecht,

e) die Partikulargesetzgebungen resp. das gemeine Recht.[16]

---

sich auf einen einzigen, noch dazu einer unrichtigen Auffassung entsprungenen Paragraphen (§ 1481). Bez. Braunschweigs vgl. Steinacker, p. 314. 315; bez. Hamburgs Baumeister I p. 367 ff.; bez. Hannovers Grefe, II p. 397 ff.; bez. Württembergs Reyscher, II p. 355. Vgl. noch Züricher B.G.B. § 1775—1779 und Schweizer Oblig.Recht v. 14. Juni 1881 Art. 515 u. 516, sowie Dresd. Entw. eines allg. deutsch. Ges. über Schuldverhältnisse 1866 Art. 864—867.

[6] Die Bestätigung wird bei Privatlotterieen meist fehlen. Eine Reihe von älteren Plänen abgedruckt bei Bender, 1. Ed. p. 282—310. Die neuesten Pläne der 5 Staatslotterieen des deutschen Reichs sind zusammengestellt von H. Bartholomäy a. a. O.

[7] Ein fremder Plan hat nur die Bedeutung eines Hilfsmittels, aus dem die Natur des Geschäfts, vielleicht auch ein in der Bildung begriffenes Gewohnheitsrecht erkannt werden kann.

[8] Bender, p. 36 ff., Neubert, p. 12 u. 19, Hagemann, V p. 130, Mittermaier, p. 90, Haubold a. a. O. Not. f, Roenne, Erg. zu § 548 A. L.R. I, 11 u. A. m.

[9] Z. B. Schweizer. Oblig.R. 516.

[10] Gewisse Verträge sind für nichtig erklärt. Vgl. Steinacker, § 144 Not. 5.

[11] Mecklenb. Plan vom 19. Oktbr. 1881 sub 6. K. Sächs. Plan vom 15. Oktbr. 1881 § 5 a. E. Braunschw. Plan vom 19. Oktbr. 1881 § 6 a. E. Elvers, p. 74 u. 89 R.O.H.G. IX p. 56: „In dem Rechtsverhältniss zwischen dem Spieler und dem Kollekteur, von welchem erstere ihre Loose beziehen, kommen jedoch die Bestimmungen des Planes nur insoweit zur Geltung, als nicht anderweitige Vereinbarungen zwischen ihnen, den Kontrahenten, getroffen sind." Vgl. auch R.O.H.G. XVII p. 118 u. XXIV p. 64 ff. (bei Busch, 38 p. 355). — Die Vereinbarungen können auch stillschweigende sein; vgl. Du Chesne (Z. f. R. u. V. N. F. XI p. 203).

[12] Oesterr. B.G.B. § 1274. Preuss. Lotterie-Ed. v. 28. Mai 1810 § 7. — Vgl. aber auch R.O.H.G. v. 22. Juni 1878 (bei Busch, 38 p. 355).

[13] Bielitz, prakt. Kommentar zum Preuss. A. L.R. 1824 II p. 583 ff.

[14] O.A.G. Dresden 17. 10. 1861 (Z. f. R. u. V. N. F. XXII p. 345). — l. 39 D. II, 14.

[15] Bielitz a. O., Mittermaier, p. 90 Not. 7.

[16] Ueber die Bedeutung des gemeinen Rechts als Quelle des Lotterierechts vgl. Bender, 1. Ed. p. 3.

II. Rechtskarakter des Lotterievertrages und der Lotterie.

§ 291.

Ueber den Rechtskarakter der Lotterie, wie des Lotterievertrages herrscht lebhafter Streit.[1])

I. Der Lotterievertrag ist

1. **weder** ein **bedingter Kaufvertrag**;[2]) denn er bleibt geschlossen, wie auch die Zufallsentscheidung ausfallen mag; nur der Wirkung, nicht dem Bestande nach ist er bedingt;[3])

2. **noch** ein **Spielvertrag**;[4]) denn während bei dem Spiel um Gewinn, wie bei jedem Wettvertrage,[5]) die Verpflichtung **beider** Parteien eine (entgegengesetzt)

---

[1]) Einen Antheil an dieser Divergenz hat auch der Umstand, dass manche Autoren nur den Fall der Geld-Finanzlotterie ins Auge fassen, die Ausspiel- und Wohlthätigkeitslotterie aber nicht berücksichtigen. Sollte indess der Rechtskarakter des Vertrages ein verschiedener sein, je nachdem man ein Loos zur Preuss. oder zur Badener oder zur Dombau- oder zu einer Wohlthätigkeitslotterie nimmt?

[2]) Wie das Sächs. B.G.B. § 1481 Abs. 2 mindestens für das Ausspielgeschäft annimmt. Vgl. Schmidt, p. 473, Siebenhaar, p. 711. — Vgl. auch Schuster, p. 101 Not. 8.

[3]) Grolmann, p. 37 ff., Lange, p. 11, Bender, p. 27, Unger, krit. Besprechung des Sächs. revid. Entw. 1861 p. 79 (bei Gruchot, p. 185), Walter, p. 418, Gründler, p. 154.

[4]) So schon Azorius, Scaccia, tract. de comm. § 1 qu. 1 c. 110, Pufendorf, Huber, Stryk, Beyer, Wucherer, Ludewig, Ch. Wolff und Solf (bei Fr. Endemann, p. 43, 45, 57 ff.). Ferner: Danz, § 212, Böhmer, Rechtsfälle II, 1 dec. 100 p. 39, Arnold, p. 435, Hellfeld, jurispr. for. § 762, Elvers, p. 76 ff. Hillebrand, p. 393, Beseler, p. 469, Windscheid, § 420 a. E. („eine besondere Gestaltung des Spielvertrages"), Wolff, Arch. VI p. 133, Wolff, Lehrb. I p. 361 u. 364, Planta bei Schuster, p. 239, Thöl, Verkehr mit Staatspapieren p. 239 Not. 4 u. 247, Gareis, Grundriss p. 120, Franklin, Grundriss p. 55, Dahn, Grundriss p. 167 (bez. der Geldlotterie), Walter, p. 418 u. 420 (reines Glücksspiel), vgl. aber auch unten Not. 14. Entsch. des O.H.G. Mannheim 1829 u. 1831 (Hohnhorst, Jahrb. VII p. 52), O.A.G. Jena (Busch, XVI p. 77) und jetzt ganz besonders Fr. Endemann, p. 94 ff. Das Schweizer Oblig.R. behandelt die Lotterieen in dem „Spiel u. Wette" benannten Tit. 21.

[5]) Mit Bruck, Laband und Grünhut bin ich der Ansicht, dass bei jedem Spiel um Geld oder Geldeswerth die Spieler über den Ausgang des Spiels mit einander wetten. Oesterr. B.G.B. § 1272: „Jedes Spiel ist eine Art von Wette". Puchta, § 258 Note n. „Spiele sind Komplexe von zusammenhängenden Wetten". Vgl. Bruck in Holtzendorffs Rechtslexikon III p. 723 ff., aber auch Stobbe, p. 326.

bedingte ist,[6]) wird aus dem Lotterievertrage der Unternehmer bedingt, der Theilnehmer aber unbedingt verpflichtet.[7]) Dagegen ist die Klagbarkeit der Gewinnforderung,[8]) die Unabhängigkeit des Lotterieausgangs von der Thätigkeit der Kontrahenten [9]) und die angebliche Gewissheit, welche von den beiden Parteien verlieren werde,[10]) kein entscheidender Grund gegen den Spielkarakter der Lotterie;

3. noch der **Kauf des Rechts, an einem bevorstehenden Spiele theilzunehmen;** [11])

4. noch ein **Mandat,** das die Spieler dem Unternehmer ertheilen „à l'effet de donner aux sommes versées la destination promise dans le prospectus".[12])

5. Es liegt aber auch kein Anlass vor, den Lotterievertrag mit **Gründler** und **Stobbe** als contractus sui generis zu erklären. Der Lotterievertrag ist vielmehr seiner rechtlichen Natur nach ein **Hoffnungskauf.** Diese Auffassung ist von Sam. v. **Pufendorf** zuerst angedeutet;[13]) sie ist von der Mehrheit der Schriftsteller [14])

---

[6]) Windscheid, § 419.

[7]) Vgl. oben § 288 Not. 9 a. E.

[8]) Treffend Fr. Endemann, p. 105, 106.

[9]) Thätigkeit der Spieler oder ihrer Vertreter ist keine Essentiale des Spiels. Dernburg, p. 403, Windscheid, § 419 Not. 3, Beseler, p. 468, Schuster, p. 216, aber auch p. 217 Not. 6 und Fr. Endemann, p. 100 ff. — Anderer Ansicht Thöl, Gerber, Stobbe, Gengler, auch der deutsche Oblig.-Entw. Art. 862. Uebrigens schliesst sich der die Lotterie entscheidende Zufall der Regel nach an eine Thätigkeit des Unternehmers oder (beim Glückstopf) der Theilnehmer oder deren Vertreter nothwendig an. Vgl. Thöl, Verkehr mit Staatspapieren p. 239 Not. 4.

[10]) Stobbe, p. 342, Dernburg, p. 405, Gruchot, p. 185 Not. 2. Es ist aber keineswegs stets bei Abschluss des Vertrages unfraglich, wer von den beiden Parteien verlieren werde. Man denke an das Lotto (Fr. Endemann, p. 75: Das Berliner Lotto verlor in 7 Vierteljahren circa 92000 Thaler) und den Glückstopf; aber auch bei der Lotterie i. e. S. wagt der Unternehmer, falls die Loose nicht sämmtlich abgesetzt sind. Vgl. auch Fr. Endemann, p. 111, womit im Widerspruch p. 79.

[11]) Lange, p. 12. Die Lotterie ist auch in ihrer Gesammtheit kein Spiel; vgl. unten bei Not. 34 ff.

[12]) Dalloz, répert. XXX p. 264 Nr. 33 (Crim. Cass. 24. 9. 1846; Paris 18. 3 1853; 21. 12. 1853). Recueil périod. 1867 II p. 88 Nr. 10 und 12. Diese Auffassung der franz. Jurisprudenz bez. der Wohlthätigkeitslotterie ist schon für letztere höchst bedenklich, bezüglich der Finanzlotterie ganz unanwendbar. Vgl. auch § 296 bei Not. 44.

[13]) Fr. Endemann, p. 54, 57; vgl. aber auch oben Not. 4.

[14]) So schon eine Reihe von älteren Schriftstellern (vgl. Lange, p. 12, 15, Bopp, p. 892 und Bender, p. 27). Ferner: Hagemann, V p. 130, Glück, p. 358, Bender, p. 27, Neubert, p. 16 u. 21, Bopp, p. 892, Treitschke, Kaufvertr. p. 38, Weiske, R.Lex. p. 761, Eichhorn, p. 314, Schwarze in Z. f. R. u. V. III p. 83 ff., Haubold, Not. h, Vangerow, III § 632, Baron, § 216, Holzschuher, III p. 767 Note und 772, Schmidt, I p. 473, W. Endemann, § 122, Gengler, Lehrb. p. 741, Pardessus, I p. 385, Dahn, Grundriss p. 167 (bez. der Nicht-Geldlotterie), Krügelstein, p. 4, Gerber, p. 523 Not. 8, Gruchot, p. 184, Koch, p. 779. Bornemann, p. 190 u. 194, Preuss. Ger.Zeitung a. a. O., Hannov. V. v. 19. 4. 1819 ad. XI, bez. der Privatlotterie u. Ausspielungen (Bender, 1. Ed. p. 245 u. 246). — Vgl. auch Dernburg, p. 405 „eine Art Hoffnungskauf", Mittermaier, II p. 91, „wie bei dem Hoffnungskauf", Förster-Eccius, II p. 134, „eine besondere Art des Hoffnungskaufs", Hillebrand, p. 394, „nähert sich in seiner äusseren juristischen Form dem Hoffnungskauf".

und auch vielfach in der Judikatur[15]) anerkannt. Verkäufer ist der Unternehmer, Käufer der Theilnehmer; den Preis bildet der Einsatz; die verkaufte spes ist nicht der Gewinn selbst,[16]) sondern das eventuelle **Forderungsrecht** gegen den Unternehmer auf Leistung des Gewinnes.[17])

Gegen diese Konstruktion sind von vielen Seiten Einwendungen erhoben worden, insbesondere von **Grolmann, Elvers, Wolff** und am schärfsten in jüngster Zeit von **Fr. Endemann.** Zuzugestehen ist allerdings, dass in den Pandekten nur solche Beispiele der emtio spei aufgeführt sind, in denen Jemand seine **eigene** Hoffnung verkauft,[18]) und dass der Hoffnungsverkäufer nach römischem Recht für Eviktion nicht haftet.[19]) Indess kann die Exemplifikation der römischen Juristen nicht als exklusiv gelten,[20]) die Frage der Eviktion aber trifft nicht den Begriff, sondern die Wirkung des Vertrages.[21]) Nicht entscheidend für die juristische Konstruktion sind der Sprachgebrauch,[22]) die Autoritäten von Kano-

---

Gengler, Priv.R. p. 433, „ein in Spielform eingekleideter Hoffnungskauf", Walter, p. 418, „das Ausspielgeschäft ist durch seine Bestandtheile als der Kauf u. Verkauf oder die Schenkung einer Hoffnung bezeichnet"; vgl. über Walter aber auch oben Not. 3.

[15]) Decis. Hasso-Cassell. III 1821 (bei Bopp, p. 892). A.G. Dresden (Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1848 VIII p. 66). O.A.G. Darmstadt 13. 12. 1821 (bei Gruchot, p. 199 ff.). A.G. Eisenach bei Busch X p. 485. Preuss. O.Trib. 1. 10. 1836 (bei Gruchot, p. 185). A.G. Celle 1869 (Seuffert, XXIV, Nr. 30 p. 49) bez. der fiskal. Klassenlotterieen.

[16]) So Förster-Eccius, p. 34, anscheinend auch Holzschuher, p. 702 5 Not. 2 a. E.

[17]) Schmidt, p. 473, Preuss. Gerichtszeitung 1859 Nr. 12, Pardessus a. a. O. „une véritable vente d'esperances, c'est à dire de créances éventuelles sur la caisse de la loterie ou le trésor public". Vgl. noch Stobbe, p. 343 Not. 3 und Lange, p. 14 (spes est debitum iri § 4 Inst. III, 15).

[18]) l. 8 pr. § 1 D. XVIII 1; l. 11 § 18 D. XIX, 1. Vgl. Lange, p. 13, Grolmann, p. 35, Gründler, p. 154, auch Fr. Endemann, p. 98, u. Thöl, § 308 Not. 4. Hierauf zielt auch wohl der Einwand Schusters, p. 218, dass beim Hoffnungskauf die Verpflichtung des Verkäufers nur mittelbar, bei dem Lotto aber unmittelbar vom Zufall abhänge.

[19]) Dies betont Fr. Endemann, p. 99 und p. 57 (Wildvogel).

[20]) Aeltere Autoren bei Lange, p. 15 Not. u. Gruchot, p. 176. Vgl. auch Treitschke, p. 37, Bender, p. 27, desselben Verkehr mit Staatspapieren p. 463 Not. 1 und die dort citirten Autoren.

[21]) Der Kauf bleibt Kauf trotz des pactum de non praestanda evictione; auch die donatio generis ist trotz der exceptionellen Verhaftung wegen Eviktion begrifflich Schenkung. — Die römische Regel vom Wegfall der Gewährleistung „beschränkt sich auf solchen Hoffnungskauf, da der Verkäufer das verspricht, was für ihn selbst noch zufällig ist", Lange, p. 151.

[22]) Elvers, p. 80, Wolff, Arch. p. 133, Fr. Endemann, p. 102. — Gegen Beselers oft citirtes Wort: „Geld gegen Geld setzen pflegt man nicht kaufen zu nennen" (vgl. Hillebrand, p. 185 Not. 4, p. 395, auch Dahn, Grundriss p. 167), bemerkt Gruchot, Not. 2 ganz treffend: „Der Lotterievertrag besteht gar nicht in Geld gegen Geld setzen". Man denke auch an die kombinirte und an die Nichtgeldlotterie. — Umgekehrt beweist aber auch der Sprachgebrauch „Loose kaufen" nichts für den Hoffnungskauf.

nisten und gemeinrechtlichen Juristen,[23]) sowie die äussere Einrichtung des Unternehmens mit seinen Direktionen und Kollekteurs.[24]) Unerwiesen ist die Behauptung **Wolffs,** dass die **Absicht** des Einsetzers nicht auf Kauf, sondern auf Theilnahme am Spiel gehe; der Einsetzer will den Gewinn erwerben, oft ohne sich über die Rechtsnatur des zu diesem Behufe geschlossenen Vertrags klar zu sein. Dass die Theorie von Hoffnungskauf ohne jede praktische Anwendbarkeit sei, ist nicht einzuräumen,[25]) übrigens auch, wo nur die juristische Konstruktion in Frage, unerheblich. Dass man **jedes** Spiel unter den vagen Begriff der emtio spei bringen könne, ist unrichtig, denn die Verpflichtung des Spielers ist keine unbedingte, wie diejenige des Hoffnungskäufers.[26])

Es fehlt auch keineswegs auf Seiten des Unternehmers die **Ungewissheit** der Leistungspflicht. Bezüglich des Lottos hebt **Fr. Endemann** selbst hervor, dass sich durch unbestimmt viele Wetten[27]) auf mehrere Zahlenauszüge erst ergibt, ob und wie grosse Gewinne herauskommen. Aber auch bei Abschluss eines jeden Klassenlotterievertrags ist die Leistungspflicht des Unternehmers jedem einzelnen Gegenkontrahenten gegenüber völlig im Ungewissen.

Wenn **Fr. Endemann** die Frage aufwirft: „Ist dies aber ein Kaufgeschäft, wenn C durchs Loos entscheiden soll, ob A oder B eine bestimmte Summe erhält?" so ist zu erwidern: Allerdings kein Kaufgeschäft, aber eben so wenig ein Lotteriegeschäft; denn es fehlt die Voraussetzung, dass A und B ein Entgelt zahlen, und dass sie gerade erst in Folge dieser Zahlung einen Anspruch auf die „bestimmte Summe" erwerben; vorher sind sie höchstens[28]) Sondereigenthümer der Theile.

Dass es sich bei dem Lotterievertrage nicht um ein einzelnes Geschäft, sondern um einen zwischen **allen** Spielinteressenten zu schliessenden umfassenden Spielvertrag handle, ist irrig; die Theilnehmer treten so wenig zu einander in Beziehung, wie etwa die verschiedenen Versicherten eines Versicherers; meist

---

[23]) Fr. Endemann, p. 102.

[24]) Wolff und Elvers sehen in dieser Einrichtung den Hinweis auf ein wohl eingerichtetes Spielgeschäft. Doch findet sich dieselbe einerseits nicht einmal bei allen Lotterieen, andererseits aber auch genugsam bei anderen Unternehmungen, z. B. Assekuranzen.

[25]) Man denke nur an den Verkauf eines Lotterielooses in dem Augenblick, in welchen es schon gezogen war, an die Pflicht zur Verzinsung des rückständigen Einsatzes, an die Einsatzpflicht trotz fehlgeschlagener Hoffnung, an die Klage auf den Einsatz u. a. m. Vgl. Vangerow, § 632, Baron, § 216, auch Bender, 1. Ed. p. 3.

[26]) Daher ist auch das Beispiel des Roulettes (Fr. Endemann, p. 98) nicht stichhaltig; wer ins Roulett setzt, ist nur im Verlustfalle, wer in die Lotterie setzt, auch im Gewinnfalle zum Einsatz verpflichtet. Vgl. § 288 Not. 9.

[27]) p. 72. Gegen diese Konstruktion spricht gleichfalls die Einsatzpflicht im Gewinnstfalle. Arithmetisch kommt es allerdings auf dasselbe heraus, ob man bei dem „simplen Auszug" den 15fachen Einsatz als Gewinn empfängt, oder ob man den Einsatz zurück und als Gewinn das Vierzehnfache erhält. Der Unterschied zeigt sich aber z. B. in den Prozentabzügen des Unternehmers vom „Gewinn".

[28]) Bei der Wohlthätigkeitslotterie haben sie sehr oft, wenn nämlich die Gewinne von dritten Personen geschenkt sind, vor dem Vertrage gar keine rechtliche Beziehung zu den Gewinnen.

kennen sie sich gar nicht. Neuerdings hat **Fr. Endemann** ein Gegeneinanderspielen der sämmtlichen Spieler um ihre Einsätze zu konstruiren versucht und dem Unternehmer die Rolle des wegen des Umfangs der Unternehmung erforderlichen besoldeten Leiters und Urhebers zugewiesen; indess ist diese Annahme eines Gegeneinanderspielens jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Spielfonds nicht aus den Einsätzen gebildet ist.[29])

Bei der Annahme eines Hoffnungskaufes wird auch keineswegs „die in den Quellen neben der emptio genannte **alea** geleugnet“; nur darf alea nicht mit Spiel als durchaus gleichbedeutend angesehen werden, da ja noch ganz andere Verträge (Wette, Schiffsdarlehn, Versicherungsvertrag) eine alea aufweisen.[30])

Der Anspruch des Theilnehmers auf Ziehung und Gewinn schwebt auch nicht „bodenlos in der Luft“, sondern entspricht durchaus dem Anspruch des Fischzugskäufers auf Netzauswerfung und Herausgabe der gefangenen Fische. Eben so wenig bleibt die **Renovation** unaufgeklärt; sie erklärt sich vielmehr vollkommen durch ein mit der emtio spei verbundenes pactum de vendendo.[31]) Endlich steht es auch der Theorie vom Hoffnungskauf nicht entgegen, dass der Unternehmer zuweilen Loose an Armenanstalten verschenkt oder selbst spielt; denn warum sollte ein Fischzug auch nicht verschenkt, ein Hoffnungskaufpreis nicht erlassen werden können? Und spielt der Unternehmer selbst, so kauft er allerdings nicht von sich selbst, da Niemand mit sich selbst kontrahiren kann; bezüglich dieser Loose liegt aber überhaupt kein positives Rechtsgeschäft, sondern nur ein negatives Faktum, eine Unterlassung vor; der Unternehmer gewinnt auch nicht, sondern erspart eventuell nur zu leisten, weil die Hoffnung der Spieler nicht eingetroffen;[32]) er verliert nicht, sondern ihm entgehen nur die bei vollständigem planmässigen Absatz zu erzielenden Einsätze.

II. Eine Reihe von Autoren schreiben dem Lotterievertrage den Karakter des Hoffnungskaufes, **daneben** aber noch der Lotterie als Ganzem den Karakter des Spiels zu.[33]) Dann müsste das Einsetzen jedes Spielers einen doppelten Rechtskarakter haben, nemlich den Abschluss des Hoffnungskaufes **und** den Eintritt in einen Spielvertrag begründen; der Gewinnende hätte sonach sowohl die a. emti, als auch die Spielklage.

„Eine Rechtshandlung kann aber nicht zugleich einen doppelten rechtlichen

---

[29]) Das ist bei Wohlthätigkeitsausspiellotterieen nicht selten der Fall; aber auch bei Geldlotterieen ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen. So ist es immerhin denkbar, dass Jemand eine Geldsumme einer Stiftung zuwendet mit der Auflage, dieselbe zum Gewinn einer zu veranstaltenden Lotterie zu machen. Vgl. auch § 288 a. E.

[30]) Windscheid, II § 322. Vgl. Fr. Endemann, p. 99.

[31]) Dernburg, p. 406. Vgl. unten p. 63 Not. 7.

[32]) Treffend bemerkt Unger in der krit. Besprechung des Sächs. revid. Entw. p. 79: „er erhält nicht den Gewinn, sondern er behält ihn“ (Gruchot, p. 199 Not. 2). Vgl. Lange, p. 14.

[33]) Glück, Eichhorn, Gerber u. Krügelstein in den Not. 14 citirten Stellen. Vgl. auch dort die Kombination von Spiel und Hoffnungskauf bei Walter, Gengler, Hillebrand.

Karakter haben, sondern ist nothwendig aus dem einen oder anderen rechtlichen Gesichtspunkte zu beurtheilen; mit der Annahme des Hoffnungskaufes verschwindet der Spielvertrag als solcher." [34])

Einen solchen Dualismus anzunehmen, liegt aber auch bei der Lotterie keinerlei Anlass vor. Die Unternehmung ist auf den Abschluss von Lotterieverträgen gerichtet. [35]) Die dem Abschluss vorangehenden Maassnahmen bestehen höchstens in Offerten zu Hoffnungskäufen. Das Zustandekommen der Lotterie bedeutet nur die Perfektion eines Komplexes selbständiger, wenn auch gleichartiger Hoffnungskäufe. Daran schliesst sich der thatsächliche Akt der Ziehung, der weder vom Spieler, noch vom Unternehmer vorgenommen zu werden braucht und sicher keinen Vertrag, also auch keinen Spielvertrag darstellt.[36]) Da endlich die Gewinnleistung nur als Vertragserfüllung, nicht aber als Vertragsschliessung anzusehen, so bleibt thatsächlich neben dem Hoffnungskauf keinerlei Raum für einen anderweitigen Kontrakt.

---

[34]) So Elvers, p. 79 u. Wolff, Archiv VI p. 134. Das gilt auch gegen Fr. Endemann, p. 97, der den Looskauf, in dem man allerdings einen Hoffnungskauf oder einen gewöhnlichen Kauf erblicken könne, als blosse „Art des Eintritts in das Rechtsverhältniss" von dem Rechtsverhältniss selbst zu trennen für nothwendig erklärt. Zum Erweis exemplificirt er: „Wenn ich ein Eisenbahnbillet kaufe, ist desshalb mein Rechtsverhältniss zur Eisenbahn nur als Kauf zu beurtheilen? Gewiss nicht. Es ist darum nicht weniger Transportvertrag die Grundlage, weil ich durch Kauf eines bestimmten Inhaberpapieres das Recht auf die Transportleistung erwerbe". Das Beispiel ist jedoch in seiner Voraussetzung bedenklich; wer ein Eisenbahnbillet löst, schliesst trotz des Sprachgebrauches gar keinen Kaufvertrag ab (selbst die Urkunde muss er grösstentheils vor Reiseschluss herausgeben; wo ist hier das praestare emtori rem habere licere?), sondern nur und lediglich einen Transportvertrag. Vgl. Koch, Deutschlands Eisenbahnen II p. 104. Uebrigens ist der Erwerb eines Looses nicht einmal der Lotterie essentiell (vgl. § 288 Not. 18 u. § 292 Not. 1 u. 6 ff.).

[35]) Vgl. oben § 288 a. E.

[36]) Dagegen Fr. Endemann, p. 107: „Der Spielvertrag zerfällt, wie viele andere Rechtsgeschäfte, in zwei gesonderte Akte: Looskauf und Gewinnzahlung". Vertragsschluss und Vertragserfüllung aber können doch nicht als gesonderte Akte des Vertrages bezeichnet werden; oder ist das Innehaben einer Miethswohnung ein Akt des Miethsvertrages?

III. Der Abschluss des Lotterievertrags.

§ 292.

A. Der Abschluss des Lotterievertrages und das Loos.

1. Zum Abschluss des Lotterievertrages bedarf es der Willensübereinstimmung [1]) der Kontrahenten über die Gewinnsthoffnung und den Einsatz. Erstere muss objektiv bestimmt sein. Zu dieser Bestimmtheit wird bei einer Mehrheit von Spielern in der Regel [2]) auch die Verabredung einer Nummer gehören, deren Ziehung oder Nichtziehung über Gewinn oder Verlust entscheiden soll.

2. Bei der Nummernlotterie, von welcher fortan vornämlich gesprochen wird, ist der Lotterievertrag erst mit der Einigung über die Nummer perfekt; [3]) fehlt es hieran, so besteht höchstens ein Vorvertrag, aus dem rechtzeitige Nummernaufgabe gefordert werden kann.

3. Sofern nicht Partikulargesetze, Pläne oder der Parteiwille es anders bestimmen, bedarf es zum Abschluss des Lotterievertrages weder der Schriftform, [4])

---

[1]) Nicht ganz selten wurde früher, z. B. in Württemberg noch 1770, ein Zwang zur Eingehung des Lotterievertrags bei Staatslotterieen vom Staat geübt; auch erhielten Beamte ihr Gehalt zum Theil in Lotterieloosen! Vgl. Beckmann, p. 316, u. Pütter, Erört. des Deutsch. Staats- u. Fürstenrechts I p. 477.

[2]) Nicht stets. Es könnten z. B. auch die Namen der Spieler in eine Urne, die Treffer- und Nietenzettel in eine andere gelegt und beide Zug um Zug gezogen werden. — Beim Zahlenlotto wählt der Spieler die zu besetzenden Nummern, bei der holländ. Lotterie pflegt der Unternehmer (ursprünglich wohl nach der Reihe der Anmeldungen) dem Spieler eine Nummer zu ertheilen; doch ist die Wahl des Spielers nicht ausgeschlossen.

[3]) Hat Jemand auf die allgemeine Bestellung eines Looses mehrere Loose zur Auswahl erhalten, so ist der Vertrag erst perfekt mit einer ausdrücklichen oder durch irgend welche konkludenten Thatsachen ausgedrückten Entscheidung, welches Loos gewählt worden. Wolff, Arch. p. 139. Vgl. auch den interessanten Fall Lord Cloncurry c/a Ueberfeld in Römers Sammlung der Entsch. des O.A.G. Lübeck im Frankf. Rechtss. I p. 74. — Andererseits erfordert die Einigung nicht gerade ziffermässige Nennung der Nummer; es genügt auch Verweisung auf Umstände, aus denen dieselbe sicher ermittelt werden kann; z. B. Parteien kontrahiren über die früher von einem Dritten gespielte Nummer.

[4]) Vgl. Lange, p. 50, Gareis, p. 679. — Preuss. A. L.R. I, 11 § 554: „Zwischen

noch der Hingabe des Einsatzes,[5]) noch endlich, so vielfach es auch behauptet wird,[6]) der allerdings üblichen Aushändigung einer Urkunde (des **Looses, Billets, Einlagescheins**)[7]) an den Theilnehmer. Letzteres beweist insbesondere die Geschichte der Klassenlotterie, bei welcher ursprünglich die Theilnehmernamen neben der Einsatzzahlung unter fortlaufender Reihenfolge registrirt,[8]) Loose aber noch gar nicht ausgegeben wurden. Der Einsetzer empfing höchstens eine mit seiner Registernummer übereinstimmende **Quittung**[9]) und natürlich auch diese nur nach geleisteter Einlage; bei kreditirtem Einsatze entbehrte er einer jeden Urkunde. Erst später[10]) gab man, unabhängig von der Einsatzzahlung und zum Theil **neben**[11]) der Einsatzquittung, besondere Loose aus, die auf Namen oder Devisen lauteten, hie und da für indossabel erklärt[12]) und endlich behufs Erleichterung des Geschäftsganges seit dem 18. Jahrhundert ziemlich allgemein auf den In-

---

Unternehmer und Einsetzer vertritt das Loos oder Billet die Stelle des schriftlichen Vertrages". Hierzu Bender, p. 34 Not. 1, sowie Koch, Kommentar Not. 18 zu A. L.R. I, 5 § 139. — Nach den Motiven des bayr. B.G.B.Entw. (bei Gruchot, p. 186 Not. 1): „findet die Abschliessung eines förmlichen Vertrages nicht statt; sie liegt in der Annahme des Einsatzes oder in der Hinausgabe der Loose." — Insoweit der Lotterievertrag Handelsgeschäft ist (vgl. § 295), genügt Mündlichkeit nach A. 317 und 277 H.G.B.

[5]) Richtig Walter, p. 420: „Dass der Einsatz bezahlt sei, ist nicht wesentlich, da er auch kreditirt sein kann." Vgl. unten § 287. A. M. Gengler, Lehrb. 742, P.R. p. 483: „Abgeschlossen wird der Vertrag durch Einlage der Satzsumme u. Aushändigung des Originallooses" u. Elvers, p. 83: „erst wenn Beides (d. h. Erssatzzahlung und Loosauslieferung) geschehen, der Spielvertrag als abgeschlossen erscheint."

[6]) Gengler und Elvers (oben Not. 5), Gruchot, p. 185, Koch p. 779, Mittermaier, p. 90, anscheinend auch Stobbe, p. 344. Dagegen bezeichnen Bender, p. 34, und Bornemann, p. 196, die Hingabe des Looses nur als die Regel, räumen also wohl Ausnahmen ein. Richtig Walter, p. 420: „Ebenso wenig ist es wesentlich, dass das Loos tradirt sei, da es in der Hand des Gebers zurückgelassen sein kann". Treffend auch Gareis, p. 679: „Der Natur der Sache nach drückt sich der Vertragsabschlusswille bei Lotterieverträgen in verschiedenen Formen aus, so in Subskription, Nummernzeichnung, Ziehung eines Looses". Vgl. auch unten Not. 14.

[7]) Preuss. A. L.R. § 554 I, 11: „Loos oder Billet"; Oesterr. Lottopatent v. 13. 3. 1813 § 5: „Einlagsschein". Bender, 1. Ed. p. 222, Kuntze, p. 492. — Auch der Ausdruck Karte u. Lotteriezettel wird gebraucht. Aeltere Bezeichnungen waren polizza (1530) und devise (1665). Vgl. Fr. Endemann, p. 38, Beckmann, p. 307 u. 317, Lange, p. 55.

[8]) Bender, p. 34, Kuntze, p. 492. In der ersten Zeit fand die Ziehung nach der Nummernfolge der Verkaufsregister statt, z. B. in London 1569. Allmälig gestattete man statt Namensnennung die Angabe der Initialen oder willkürlich vom Spieler gewählter, oft humoristischer (Bender, p. 16 Not. 4) Devisen.

[9]) Bender, p. 34.

[10]) Wann dies zuerst geschah, ist ungewiss. Kuntze, p. 78, hebt mit Recht hervor, dass es an geeigneten historischen Spezialuntersuchungen fehlt.

[11]) Bender, p. 46: „Neue Schwierigkeiten entstanden, wenn Loos und Einlagequittung in verschiedene Hände gekommen."

[12]) z. B. Kursächs. Lotterieplan d. d. Leipzig 15. Mai 1731 § 9 bei Kuntze, p. 492 Not. 7. — Ueber Devisen vgl. oben Not. 8.

haber gestellt wurden.[13]) Die Aushändigung des Looses gehört nicht zur Vertragsschliessung, sondern zur Vertragserfüllung.[14])

4. Die Reihenfolge, in welcher die übereinstimmenden Willensäusserungen der Kontrahenten abgegeben werden, ist gleichgültig.[15]) Die Offerte kann vom Unternehmer, wie vom Theilnehmer ausgehen. Die Annahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Daher **kann** allerdings der Lotterievertrag auch durch Uebersendung und **Annahme** eines unbestellten **Looses** geschlossen werden. Eine Annahme ist aber in dem **blossen stillschweigenden Behalten** an und für sich **nicht** zu finden.[16]) Einerseits ist nemlich das **blosse Stillschweigen** an sich weder eine Erklärung für, noch wider ein gemachtes Anerbieten, vielmehr nur dann von Bedeutung, wenn eine gesetzliche **Verpflichtung** zur Erklärung besteht. Andererseits ist das **blosse Behalten**, d. h. das blosse Nichtzurückschicken und Liegenlassen kein possitives, sondern ein rein negatives Faktum, überhaupt keine Willenshandlung des Empfängers, also auch keine stillschweigende Willenserklärung. Endlich kann der Empfänger auch rechtlich **nicht** als **verpflichtet** gelten, von dem Absender denjenigen Schaden abzuwenden, den sich derselbe durch seine Zudringlichkeit selbst zugezogen hat, zumal es in der Macht des Absenders steht, diesen Schaden durch rechtzeitige Wiederabholung des Looses resp. Anzeige zu vermeiden; anderenfalls bürdet man dem Empfänger neben der Mühe des Zurückschickens und Antwortens noch das Risiko des Vergessens oder Verlustes oder der Ableugnung des Zurückempfanges des Looses auf.[17])

---

[13]) Fr. Endemann, p. 114 räumt diesen Entwickelungsgang zwar für einzelne deutsche Lotterieen ein, behauptet aber: „dass die Lotterieloose von Anfang an häufig nicht Namenspapiere waren". Die citirte Stelle von Scaccia dürfte indess nicht gegen, sondern eher für die Rectapapierqualität der Loose sprechen („et in aliam urnam conjiciuntur itidem aliae parvulae schedulae habentes singulae descriptum diversum numerum et aliqua brevia verba ad significandas personas ludentes").

[14]) Entw. eines allg. deutsch. Gesetzes über Schuldverhältnisse 1866 Art. 864: „Durch den Lotterie- oder Ausspielvertrag wird der ... Unternehmer dem Theilnehmer zur Ueberlassung eines Looses verpflichtet". Vgl. auch Haubold a. a. O. bei Not. 1 u. A.G. Eisenach in Buschs Archiv X p. 485, 486.

[15]) Einzelne Fälle bei Bender, p. 66.

[16]) Dieser Ansicht sind Lange, p. 58 ff., Bender, p. 71 ff., Neubert, p. 17 ff., Weiske, R.L. p. 763, Gründler, p. 160 ff., Wolff, Arch. p. 135 ff., Bopp, p. 894, Haubold, Not. i, Beseler, Not. 11, Thöl, § 237 Not. 15 u. 17, Gengler, Lehrb. p. 742 ff., Priv.R. p. 433, Hillebrandt, p. 396, Mittermaier, p. 89 Not. 10 u. 91 Not. 12, Walter, p. 420, Stobbe, p. 344, Gareis, p. 679, Gruchot, p. 187 ff., Koch, p. 780 u. Kommentar, Not. 72 zu § 82 A. L.R. I 5, Förster-Eccius, I p. 523 u. II p. 134, Dernburg, Not. 5, Steinacker, p. 315, Holzschuher, p. 773 ff., Fr. Endemann, p. 138 ff., Braunschw. V. v. 1801. Entw. eines Deutsch. Oblig.R. Art. 926. (1. Lesung) bei Gruchot, p. 189. Diese Ansicht herrscht auch in der neuen Judikatur durchaus. Vgl. die Citate bei Bender, 1. Ed. p. 60 ff., u. Gruchot, p. 187 ff., sowie noch Buschs Archiv IX p. 182, XIII p. 294, XXVII p. 156. Anderer Meinung dagegen sind Mevius, Lauterbach, Schweppe, Hommel, Berger, Bülow u. Hagemann, Glück, sowie Curtius (vgl. Bender, p. 71 Not. 1 u. Neubert, p. 17, auch Stute (im Ulrichschen N. Arch. f. Preuss. R. IV p. 526 ff.), der einen Verkauf auf die Probe annimmt.

[17]) Vgl. besonders Thöl, ausgew. Entscheidungsgründe des O.A.G. zu Lübeck.

Dagegen ist bei stillschweigendem Behalten des unbestellten Looses dann eine Annahme der Hoffnungskaufofferte anzuerkennen, wenn damit noch andere Umstände zusammentreffen, aus denen die Pflicht des Empfängers zur Erklärung seines etwaigen Dissenses folgt, oder aus deren sein Wille, das Loos als Eigenthum zu behalten, erhellt. Solche Umstände sind insbesondere ein vorausgegangenes oder obwaltendes Kundschaftsverhältniss [18]) zwischen Absender und Empfänger oder eine nachfolgende Verfügung des Empfängers über das Loos. [19]) Als Annahme der Offerte ist es auch aufzufassen, wenn Jemand unbestellt zugesandte Loose unter von ihm gemachten Bedingungen behalten zu wollen erklärt und der ablehnenden Antwort des Absenders ungeachtet die Loose nicht zurücksendet. [20]) Auch im Behalten eines Looses mit einer anderen Nummer, als der bestellten, ist die Annahme der unbestellten Nummer und der Vertragsschluss zu finden, sofern nur dem Absender und dem Empfänger die Thatsache, dass eine andere Nummer als die bestellte übersandt worden, bekannt war. [21]) Endlich ist auch stillschweigendes Behalten eines an Zahlungsstatt eingesandten Looses als Acceptation der neuen Vertragsofferte zu erachten. [22])

5. Ist der Empfänger des unbestellten Looses an sich zur Erklärung oder Remission nicht verpflichtet, so kann der Absender von ihm auch keine ausdrückliche Antwort unter dem Präjudiz verlangen, dass er widrigenfalls das Loos als acceptirt ansehen werde. [23]) Dagegen kann er allerdings, und sogar einem Kunden gegenüber, das gegentheilige Präjudiz stellen, dass er im Mangel einer ausdrücklichen Antwort das Loos als **nicht** acceptirt ansehen werde. [24])

Nr. 34 p. 45 u. 46 (denen die 3 Argumente des Textes fast wörtlich entnommen sind), sowie Gruchot, p. 188 Note, Bender, p. 72 ff., Lange, p. 58, Bornemann, p. 197, Koch, p. 780, Holzschuher, p. 774, Schorch, Sammlung I Nr. 21 p. 133 ff.

[18]) Bei einem Kunden ist vielmehr zum Nichterwerb des zugesandten Looses eine bestimmte Ablehnung erforderlich. Thöl, ausgew. Entsch. p. 52, sowie 46, 47, 50; ferner Bender, p. 76, 77, Mittermaier, p. 89 und 91, Gengler, Lehrb. p. 742 Not. 38, P.R. p. 433, Wolff, p. 136 Not. 7 a. E., Busch, IX p. 182, Preuss. Ob.Trib. Erk. v. 23. Juli 1838 in Ulrichs N. Arch. f. Preuss. R. u. V. V p. 496 ff.

[19]) Züricher G.B. § 1778. Bornemann, p. 199, Wolff, p. 137. — Wer das unbestellt empfangene Loos verkauft, verpfändet oder verschenkt, erklärt damit seine Annahme; dagegen ist die nach Brieferöffnung erfolgte Erklärung des Empfängers an den das unbestellte Loos überbringenden und zum Spielen sich bereit erklärenden Postboten: „Da haben Sie das Loos; ich mache keine Ansprüche daran", vom A.G. Eisenach (Busch, XIII p. 294) weder als Annahme der Offerte, noch als Cession erachtet worden.

[20]) Vgl. Gengler, Lehrb. Not. 38. Hillebrand, p. 396 Not. 14.

[21]) Bornemann, p. 207, Dernburg, Not. 5 a. a. O.

[22]) Mindestens dann, wenn das neue Loos einem früheren Spieler auf dessen Gewinnforderung gesandt wird. A. M. allerdings Bornemann, p. 199; vgl. aber Gengler, Priv.R. p. 433.

[23]) Bornemann, p. 199, Wolff, Arch. p. 136 Not. 7, Gengler, Priv.R. Not. 24, A. M. Stute in Ulrichs Archiv IV p. 527 u. Gengler, Lehrb. 743 Not. 38 ad c. Wohl aber bindet der Absender durch eine Offerte mit solchem Präjudiz sich selbst, vgl. Bender, p. 73 Not. 3.

[24]) Thöl, Entscheidungsgründe p. 48.

Hat der Uebersender die Perfektion des Vertrages von der Erfüllung besonderer, ausdrücklich namhaft gemachter Bedingungen abhängig gemacht, so muss die Annahme der Loose auch genau gemäss der Offerte stattgefunden haben, damit Vertragsperfektion angenommen werden kann.[25])

6. Der Empfänger des unbestellten Looses ist **an sich** weder gewinnberechtigt, noch einsatzpflichtig, vielmehr lediglich verbunden, die Abholung zu gestatten und das Loos nicht vorsätzlich[26]) wegkommen zu lassen. Nur **ausnahmsweise** ist er trotz unterlassener Annahme der Offerte, und obwohl dem Absender keine Klage auf den Einsatz gegen ihn zusteht, nach einzelnen **Partikularrechten**[27]) seinerseits berechtigt, den eventuellen Gewinn zu fordern. Diese Willkühr des Gesetzgebers erklärt sich nur aus der Tendenz, dem Verbot der unbestellten Zusendung von Loosen Nachdruck zu geben.[28])

7. Wird der Vertrag über eine an der Ziehung gar nicht theilnehmende Nummer abgeschlossen,[29]) so ist derselbe als Lotterievertrag ungültig, da objektive und ursprüngliche Unmöglichkeit der Gewährung einer Gewinnsthoffnung mit der vereinbarten Nummer besteht. Ein solcher Vertrag kann indess unter Umständen als Schenkung (des Einsatzes) oder als Sachkauf (der Loosurkunde) wirksam werden, sofern beiden Kontrahenten oder wenigstens dem Einsetzer die Thatsache bekannt war, dass das Loos an der Ziehung nicht Theil nimmt. Ist letztere Thatsache nur dem Unternehmer bekannt gewesen, so ist der Lotterievertrag ebenfalls ungültig; der Unternehmer ist zur Restitution des Einsatzes und zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses, nicht aber zur Zahlung eines oder gar des höchsten Gewinnes verpflichtet.

Der Regel nach ist auch derjenige Lotterievertrag ungültig, der zwar über eine Nummer, welche an der vereinbarten Ziehung Theil nimmt, aber **nach** erfolgter Ziehung abgeschlossen wird. Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass beiden Theilen die erfolgte Ziehung, nicht aber deren Resultat bekannt

---

[25]) Wolff, p. 136 Not. 9.

[26]) Eine Haftung für grobes Versehen ist gemeinrechtlich nicht anzuerkennen. Walter, p. 420. Dagegen für Preussen Koch, p. 780. Vgl. überhaupt auch Lange, p. 58, Bender, p. 73, Thöl, H.R. § 237 Not. 17.

[27]) Z. B. Hannov. V. v. 19. April 1819, Bremener V. v. 1823, K. Sächs. Plan v. 15. Oktbr. 1881 § 10. Vgl. Bender, p. 73 Not. 3, u. 1. Ed. p. 243 u. 277, Grefe, p. 398, Haubold, Not. i, Du Chesne in Z. f. R. u. V. N. F. XI p. 194, Schmidt, p. 474, Stobbe, p. 344 Not. 12, Gengler, Lehrb. p. 743 u. 744 Not. 39, Fr. Endemann, p. 139, Steinacker, p. 315. — Mittermaier, p. 91 Not. 12 behauptet es irrig generell.

[28]) Vgl. auch Fr. Endemann, p. 140. — Eine andere Motivirung (aus der Inhaberpapiersqualität des Looses) referirt und bekämpft Gengler, Lehrb. a. a. O., dessen Deduktionen indess nicht beigetreten werden kann. Vgl. oben Not. 5. — Einen anderen Fall, in denen der Empfänger berechtigt, aber nicht verpflichtet ist; vgl. oben Not. 22 a. E.

[29]) Dies ist insbesondere bei der Klassenlotterie der Fall, sofern das Loos in einer Vorklasse gezogen worden. — Die im Text aufgestellten Sätze „gelten ebenso für den Verkauf des Looses durch den Kollekteur, wie für die Weiterveräusserung des Looses durch den Spieler". Fr. Endemann, p. 133 Not. 1; vgl. überhaupt zum folgenden Dernburg, p. 408, Gruchot, p. 191 u. 199 ff., Bornemann, p. 200, Hannov. V. v. 19. 4. 1819 Nr. 8 Abs. 2, bei Bender, 1. Ed. p. 244, sowie auch § 296 bei Not. 3 ff.

gewesen; [30]) ein solcher Vertrag ist ein gültiger Hoffnungskauf. War dagegen die Vornahme der Ziehung beiden Kontrahenten unbekannt, so ist das Geschäft beiderseits unverbindlich. War das Resultat beiden Theilen bekannt, so ist zu unterscheiden, ob auf die Nummer eine Niete oder ein Treffer gefallen ist: Verkauf der Niete kann unter Umständen als Schenkung oder Sachkauf (der Loosurkunde), der Verkauf des Trefferlooses unter Umständen als Forderungskauf, Schenkung, Sachkauf oder Darlehn [31]) wirksam werden. Kennt nur der Einsetzer den Treffer oder nur der Unternehmer die Niete, so hängt es vom Willen des Gegenkontrahenten, dem die Thatsache unbekannt war, ab, ob der Vertrag in Vollzug gesetzt werden soll oder nicht (negotium claudicans); [32]) war umgekehrt die Niete nur dem Einsetzer, der Treffer nur dem Unternehmer bekannt, so liegt Schenkung vor.

8. Ueber den juristischen Karakter der Loosurkunde herrscht Streit. Man hat das Lotterieloos als Einsatzquittung, [33]) als Beweisurkunde des geschlossenen Vertrages, [34]) als streng einseitige Skripturobligation, [35]) als hinkendes (Legitimations-) [36]) oder als echtes [37]) Inhaberpapier bezeichnet. Jede

[30]) Unkenntniss des Ziehungsresultates wird bei dem Unternehmer selten vorkommen, ist indess möglich, z. B. falls die Ziehung einer anderen Lotterie auch für seine Unternehmung entscheidend sein soll. — Häufiger tritt der Fall ein, dass Kollekteure und Spieler in Unkenntniss des Ziehungsresultats noch am Ziehungstage Loose verkaufen.

[31]) Als Darlehn resp. Escomptegeschäft, falls die Gewinne der Geldlotterie erst später auszuzahlen sind und der Gewinn dem Einsatz gleichkommt; als Schenkung des Unternehmers, falls der Gewinn grösser ist als der Einsatz; als Sachkauf, falls der Gewinn nicht in Geld besteht. — Verkauft ein Kollekteur oder ein Spieler ein Trefferloos und ist diese Eigenschaft beiden Kontrahenten bekannt, so liegt Forderungskauf vor. Vgl. auch Seuffert, Arch. XI Nr. 178.

[32]) Pardessus, I Nr. 305, Bornemann, p. 200, Dernburg p. 407, nimmt bei bewusstem Verkauf der Niete Nichtigkeit an. Der Schadenersatz, den der Unternehmer ausser Einsatzrestitution zu leisten, besteht auch in diesem Falle im negativen Vertragsinteresse.

[33]) Vgl. Bender, p. 34, Holzschuher, p. 768, Du Chesne, p. 194. Gegen die Fiktion der Quittung vgl. aber Kuntze, p. 493, Beseler, p. 314, Wolff, Arch. p. 135 Not. 5 u. Fr. Endemann, p. 136 u. 141.

[34]) Bender a. a. O., Gerber, Not. 8, Hagemann, V p. 131.

[35]) Busch, II p. 11, Kuntze, p. 493, vgl. auch Fr. Endemann, p. 136 u. 140.

[36]) Stobbe, p. 195, Kuntze, p. 20, Lange, p. 115, Preuss. Ger.Ztg. Nr. 12. Vgl. unten § 296 Not. 41 u. auch Fr. Endemann, p. 142.

[37]) Z. B. Elvers, p. 78, W. Endemann, p. 404 u. 594, Wolff, Arch. p. 143 Not. 23, Hillebrandt, p. 396 Not. 13, Gengler. Lehrb. p. 745 Not. 42, Priv.R. p. 447, Brunner, oben p. 204, Fr. Endemann, p. 114 u. 141. Schmid, p. 473; („spätestens mit Eintritt der Gewissheit, dass ein Gewinn auf selbiges gefallen.") — A.G. Jena bei Busch, XVI p. 77. O.A.G. Dresden in Z. f. R. u. V. N. F. XVII p. 321, XXVII p. 475 (bez. der mit Gewinn gezogenen Loose), XXIV p. 52; unbestimmter XL p. 326: „sei es vollkommenes, sei es unvollkommenes I.P." — Kombinationen bei Bender, p. 34 („Papier au porteur, Vertragsurkunde u. Einsatzquittung zu gleicher Zeit"), Gruchot, p. 186, Koch, p. 780, Förster-Eccius, p. 134, Bornemann, p. 196. Z. f. R. u. V. XI p. 194, XVII p. 322. Die Zirkulationstendenz ist weder Kriterium des echten I.P., (Brunner, II p. 206 dieses Handbuchs) noch bei Lotterieloosen so absolut ausgeschlossen, wie Bekker, Jahrb. I p. 307 ff., Beseler, p. 314, u. Stobbe, p. 199, annehmen. Vgl. Azorius bei Fr. Endemann, p. 115: „ita ut transeat ad multos emptores".

Generalisirung ist indess unzulässig.[38]) Das Loos ist nicht einmal immer Werthpapier[39]) geschweige stets, wenn auch sehr häufig, Geld-[40]) und Inhaberpapier.[41]) Zu welcher Kategorie von Urkunden es im konkreten Falle zu rechnen, ist eine Thatfrage, die nach dem Inhalt der Urkunde, resp. nach den Bestimmungen des betreffenden Plans[42]) beantwortet werden muss. Im Zweifel wird, da nur sehr wenige Partikulargesetze Normen enthalten,[43]) die Verkehrsanschauung entscheiden, die in der Gegenwart allerdings, wenigstens bei öffentlichen Nummernlotterieen, das Loos als echtes Inhaberpapier aufzufassen geneigt ist.[44])

§ 293.

B. Fortsetzung. Abschluss durch Kollekteure.

I. Der Lotterievertrag wird entweder zwischen Unternehmer und Theilnehmer unmittelbar abgeschlossen oder, was namentlich bei fiskalischen Lotterieen die Regel, unter Mitwirkung sog. **Kollekteure** (Einnehmer, Hauptsammler, Loosabsetzer, receveurs, receptores).[1])

Diese Mitwirkung kann sehr verschiedener Natur sein. Sie ist wohl nie eine blosse Vermittelung,[2]) d. h. eine Ueberbringung des erklärten Vertragswillens der Parteien. Vielmehr schliessen die Kollekteure regelmässig den Lotterievertrag mit dem Spieler selbst ab. Dieser Abschluss erfolgt entweder

1. im Namen des Unternehmers; der Kollekteur ist **Mandatar.**[3])

---

[38]) Das beweist auch die Geschichte der Loosausgabe; vgl. oben p. 53.

[39]) Gareis, p. 678: „Die Loose sind entweder Werthpapiere oder Legitimationspapiere oder nur Nummern". — A. M. Fr. Endemann, p. 140.

[40]) Die Gewinne der kombinirten Lotterieen bestehen nicht blos in Geld. Zu eng daher Kuntze, p. 493 (aleatorisches Geldpapier), Dahn in Bluntschlis Priv.R. p. 508, u. Brunner, II p. 204 dieses Handbuchs.

[41]) Vgl. z. B. Art. 866 des Deutsch. Oblig.Entw. u. oben Not. 13.

[42]) Citate bei Bender, p. 46 Not. 1 (1. Ed. p. 80 Not. 4). Vgl. noch Mittermaier, p. 90 bei Not. 10 u. jetzt Fr. Endemann, p. 115 Not. 7.

[43]) Preuss. A. L.R. I 11 § 555, 556, Bremer V. v. 4./10. April 1823 Nr. 6 e (bei Bender, 1. Ed. p. 277). Züricher B.G.B. § 1779. — Deutsch. Oblig.Entw. A. 866.

[44]) Vgl. oben Not. 36 u. 37. Fr. Endemann, p. 115, behauptet sogar: „Heute sind allgemein und alleinig die Lotterieloose Inhaberpapiere".

[1]) Fr. Endemann, p. 122: „Die älteste Erwähnung solcher Vermittler gibt Jo. Bapt. de Luca. Er berichtet, dass der Staat für das Lottospiel bancherii habe, welche überall im Lande ihre corresponsales oder receptores anstellten". Vgl. ebendas. p. 122 ff. über die Qualifikation und Beschränkungen der modernen Staatskollekteure.

[2]) Dernburg, p. 406, nennt sie Agenten, welche den Vertragsabschluss vermitteln. Aehnlich Wolff, Arch. Not. 34. Ueber die Vieldentigkeit des Ausdruckes Agent vgl. Dernburg. p. 16 Not. 6 u. Behrend, p. 379.

[3]) Struben, IV, 173, V, 38, Runde, § 212, Hagemann, V p. 131, Glück, p. 360, 367, Bender, p. 119, Neubert, p. 19, 49, Gründler, p. 156, Hillebrand, p. 395. Weiske, R.L. p. 762, Mittermaier, Not. 17, Gerber, Not. 8, Bornemann, p. 217, 228 ff., Koch, p. 786, Wolff, Arch. p. 134 Not. 3 u. 151, Wolff, Priv.R. p. 362, Förster-Eccius, p. 135, W. Endemann, p. 594, Gareis a. a. O.

Der Provisionsanspruch schliesst die Annahme des Mandats nicht aus,[4]) oder

2. im eigenen Namen und zwar:

a. bald für Rechnung des Unternehmers; der Kollekteur ist Verkaufs-**Kommissionär**;[5])

b. bald für eigene Rechnung. Das Letztere ist wiederum in doppelter Weise möglich; einerseits durch **Vertrödelung**,[6]) andererseits durch **Verkauf** der Gewinnsthoffnung.

α. Der Annahme eines **Trödel**vertrages stehen **nicht** entgegen[7]) das Disziplinarverhältniss[8]) und der Provisionsanspruch der Kollekteure;[9]) auch nicht

---

und die von Fr. Endemann p. 127 u. 128 citirten Autoren. — Holzschuher, p. 770: „Den Spielern gegenüber immer als Geschäftsträger oder Bevollmächtigter der Direktion." Lange, p. 159 ff. 177: „Prokurator", Schaper a. a. O.: „Geschäftsführer oder Organe", Walter, p. 420: „besoldete Geschäftsführer", Gengler, Lehrb. p. 749: „Bevollmächtigungsvertrag". dagegen Priv.R. p. 434: „mandatähnlich, an die gemeinrechtliche Stellung zwischen praeponens und institor erinnernd". Schmidt, p. 473: „Institoren", Elvers, p. 81: „Aftermandatare" (Generalmandatar sei der Lotterieadministrator des Staats), p. 82: „Kommis", „Beamte"). — Sächs. Lotterieplan § 3. — A.G. Eisenach (Busch, XIII, 269). O.A.G. Dresden (Z. f. R. u. V. XXII. 339, XXIII, p. 285 (vgl. unten Not. 14), Busch, VI p. 112, Z. f. H.R. VIII p. 618). Gruchot, p. 201: „Vollmachtsvertrag, der jedoch unter Umständen die Natur eines Trödelvertrages annehmen kann." Beseler, p. 470: „Vollmachtsvertrag, der häufig jedoch mit dem Trödelvertrage gemischt ist." Eichhorn, p. 314: „nicht immer in dem blossen Mandatsverhältniss". — Die Sächs. Praxis und viele Autoren betrachten das Mandat als Normalfall.

[4]) Bender, p. 119, Windscheid, II § 409. A. M. Fr. Endemann, p. 129.

[5]) W. Endemann, p. 594, Busch, XIII p. 269 (A.G. Eisenach: „häufig Trödler oder Kommissionäre"), Busch, XVI p. 77 (O.A.G. Jena), O.A.G. Lübeck bei Thöl, Entscheidungsgründe p. 112. — Dagegen Dernburg, p. 406. — Ueber den Unterschied zwischen Trödelvertrag und Verkaufskommission vgl. Grünhut, p. 50 Not. 1, Dernburg, II p. 513, Busch, XXII p. 490, R.O.H.G. VII p. 179, Z. f. H.R. IX p. 594, 597, 609. Holzschuher, p. 859.

[6]) Hagemann, II p. 336, V p. 131 ff., Glück, p. 360, Neubert, p. 19, Mittermaier, Not. 20, Haubold, Not. g, Gerber, Not. 8, Goldschmidt, I p. 493 Not. 12. Vgl. noch Beseler u. Gruchot (oben Not. 3), sowie Hillebrand, p. 395: „mitunter ein dem Trödlerkontrakt verwandtes Verhältniss", Gengler, Lehrbuch p. 749 Not. 47: „auch kann sich zuweilen, infolge der bes. Bestallungsbedingungen, das Rechtsverhältniss zwischen Direktion und Kollekteur dem contractus aestimatorius annähern". Koch, p. 786: „häufig mit dem Trödelvertrage vermischt". Vgl. auch unten Not. 14. Kuntze bemerkt in der Note zu Holzschuher, p. 771: „Sind die Lotterieloose Inhaberpapiere, so tragen sie im Verkehr den Karakter der Waare und solchenfalls kann der Kollekteur nur als Trödler oder stellvertretender Veräusserer in Betracht kommen". „Sehen wir von dieser Eigenschaft der Lotterieloose ab, so können die Kollekteure als Institoren angesehen werden; doch ist zu berücksichtigen, dass sie ... regelmässig selbstständige Firmen haben."

[7]) A. M. Eckart, Lange, p. 169 ff., Bender, p. 118, Elvers, p. 78, Gründler, p. 155, 156, u. Fr. Endemann, p. 129; vgl. auch Busch, II p. 13 (Dietrich).

[8]) Z. f. R. u. V. XXIII p. 285. — Auch seinem Dienstboten kann man eine Sache zum Vertrödeln übergeben, da Gewerbsmässigkeit keine Voraussetzung des Vertrages. Regelsberger in Holtzendorffs R.Lex. III p. 912.

[9]) l. 2 D. XIX, 3: haec actio utilis est et si merces intervenit. Windscheid,

die Vindikationsbefugniss [10]) und die Tragung der Gefahr Seitens des Unternehmers; [11]) noch weniger die Pflicht des Kollekteurs, sich um den Loosabsatz zu bemühen; [12]) endlich auch nicht das direkte Klagerecht (auf Ziehung und Gewinn), das der Theilnehmer gegen den Unternehmer erwirbt. [13]) Dagegen widerspricht es allerdings dem römischrechtlichen Trödelbegriff, [14]) dass die Kollekteure die Loose nur zum planmässigen Einsatz absetzen dürfen; doch ist diese Beschränkung weder früher, noch jetzt eine unerlässliche. [15])

β. Bei vielen Lotterieen werden den Kollekteuren alle oder eine bestimmte Anzahl Loose **fest (fix, resolut)** übertragen, ja bei manchen Staatslotterieen ist die Uebernahme einer grösseren Zahl [16]) fixer Loose sogar die Bedingung der Bestellung zum Kollekteur. Bezüglich dieser Loose sind die Kollekteure Käufer und Wiederverkäufer der Gewinnsthoffnung; bis zum Verkauf sind sie selbst Theilnehmer. Ein Weiterverkauf ist, bei öffentlichen Lotterieen wenigstens, auch durch

---

II § 383 Not. 13, Regelsberger a. a. O. A. M. Förster-Eccius, II p. 176, der, falls dem Empfänger eine gewisse Provision oder Belohnung ausgesetzt worden, Dienstmiethe nach R.R., Mandat nach Preuss. A. L.R. annimmt.

[10]) Der Trödelgeber bleibt nach der herrschenden Ansicht Eigenthümer, bis der Trödler bezahlt oder weiterverkauft hat. Regelsberger, p. 912, Windscheid, Not. 12, Gruchot, p. 153—160. — Die Vindikation von Loosen ist übrigens zufolge A. 306—308 H.G.B. thatsächlich vielfach ausgeschlossen. Vgl. Wolff, Arch. p. 143.

[11]) Die modernen Gesetzgebungen haben dem Trödler die Gefahr abgenommen; für das römische Recht ist die Frage bekanntlich streitig. Vgl. Regelsberger, p. 912, Windscheid, Not. 10, Gruchot, p. 160—164, Dernburg, p. 512 Not. 8 und neuerdings Lipp, Beitr. z. Lehre v. Trödelvertrag. Hdlbg. 1880 p. 24. Auch über die Haftung des Kollekteurs für die Gefahr herrscht kein Einverständniss; vgl. Bender, p. 118, doch auch Hagemann, V 132, sowie jetzt auch Fr. Endemann, p. 128, 129. — Uebrigens ist die Frage irrelevant, da der Kollekteur jedenfalls vertragsmässig dieselbe Haftung, wie ein Trödler, selbst die Tragung aller Gefahr übernehmen kann. Lange, p. 172 u. Fr. Endemann, p. 124 bei Not. 3.

[12]) Auch beim contr. aestim. ist im Zweifel die Verpflichtung des Empfängers, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen, als gewollt anzusehen. Windscheid bei Not. 11.

[13]) Worauf sich besonders Elvers, p. 79, stützt. Die res aestimata ist aber bei dem Lotteriekollekteur nichts anderes als die spes, die eventuelle Gewinnstforderung gegen den Unternehmer. Dass der Kollekteur die Klage auf den Gewinn überträgt, während ihm qua Trödler doch nicht diese, sondern höchstens eine a. doli oder in factum gegen den Trödelgeber zusteht, ist unerheblich; geht doch auch das Eigenthum der vertrödelten Sache vom Trödelgeber direkt auf den dritten Erwerber über, auch ohne dass der Trödler selbst Eigenthümer war.

[14]) Das O.A.G. Dresden nimmt an (27. 2 1862 in Z. f. R. u. V. XXIII p. 285), dass dem Unternehmer gegenüber die Geschäftsverbindung der Kollekteure unter den Begriff eines modifizirten Trödelvertrags falle, während sie den Spielern gegenüber Mandatare oder Institoren seien.

[15]) Bender, p. 118 Not. 5: „In früheren Zeiten war es den Kollekteuren mehrerer Lotterieen gestattet, für alle nach dem Bücherschlusse der Direktion verkauften Loose einen beliebig hohen Preis zu bedingen, und der Mehrerlös gehörte ihnen, wodurch sie den Trödlern sehr nahe zu stehen kamen". Vgl. dagegen Fr. Endemann, p. 129.

[16]) Beispiele (25—200 Stück) bei Bender, p. 117 Not. 1. Vgl. auch Fr. Endemann, p. 130 Not. 2. Partikularrechtlich ist andererseits den Kollekteuren mitunter verboten, für eigene Rechnung Loose zu erwerben.

jeden anderen Theilnehmer statthaft.[17]) Dass der Kollekteur vertrags- oder usancemässig auch bezüglich der fix bezogenen Loose bei dem Verkauf weitergehende Verpflichtungen übernimmt, als jeder sonstige Loosverkäufer (wie Auszahlung, Listenzusendung, Renovation), ändert an dem Rechtskarakter des Veräusserungsgeschäftes als eines Kaufes nichts und findet seine Begründung darin, dass dem Kollekteur neben dem Loosdebit noch eine Reihe anderer Funktionen von dem Unternehmer übertragen zu sein pflegen.

Ein Verkauf für eigene Rechnung ist nach Partikularvorschriften auch dann anzunehmen, wenn Kollekteure, die zu Mandataren bestellt sind, von den Planbestimmungen abweichende Verträge schliessen.[18])

Ob ein Kollekteur einen Lotterievertrag als Mandatar, Kommissionär, Trödler oder Proprehändler geschlossen, ist quaestio facti.[19]) Eine Präsumtion besteht für keine dieser Möglichkeiten, auch nicht für das Mandat. Derselbe Kollekteur kann bezüglich einzelner Loose Mandatar, bezüglich anderer Trödler oder Verkäufer zu einer bestimmten Taxe sein. Auch derjenige Kollekteur, der den Lotterievertrag stets als Trödler, Kommissionär, Proprehändler schliesst, kann für andere Funktionen, besonders die Auszahlung der Gewinne, in einem Mandatsverhältniss zum Unternehmer stehen.

Das Geschäftsverhältniss des Kollekteurs ist keine Dienstmiethe, denn er erhält keinerlei Entschädigung, wenn er seine Bemühung erfolglos aufwendet;[20]) auch erfolgt die Vornahme der operae nicht dem Unternehmer, sondern dem Spieler gegenüber.[21]) Es ist auch keine Werkverdingung, denn es fehlt an einem ex opere facto corpus aliquod perfectum.[22])

II. Häufig erfolgt der Abschluss nicht durch die Kollekteure selbst, sondern durch sog. **Unterkollekteure** (Subkollekteure, Untereinnehmer. Kolporteurs, Lotteriesammler).[23]) Auch das Rechtsverhältniss dieser Personen ist kein allgemein gleichmässiges; auch hier ist im einzelnen Fall zu beurtheilen, ob sie

---

[17]) Lange, p. 160 Not. 2, Gruchot, p. 190, Bornemann, p. 200 u. 218. Elvers, p. 78, 83, der dem Lotterievertrage den Karakter der emtio spei abspricht, schreibt dem Weiterverkauf des Looses durch den Theilnehmer die Natur einer wahren venditio spei zu.

[18]) R.O.H.G. XVII p. 118 (5. 5 1875). A.G. Eisenach (Busch, XIII p. 270), O.A.G. Dresden (Z. f. R. u. V. XXIII p. 285).

[19]) Vgl. auch Fr. Endemann, p. 129.

[20]) Vgl. Brinz, krit. Blätter p. 1 ff. Vgl. auch Bender, p. 119, dessen Argument jedoch, dass „das Kollekteurgeschäft wesentlich die Uebergabe der Loose unterstelle", unzutreffend erscheint. Vgl. noch Struben, Bedenken IV 173 p. 449, Busch, II p. 13. Gegen die Dienstmiethe aus unhaltbarem Grunde auch Eckart bei Bender, a. a. O. Not. 6.

[21]) Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft p. 241.

[22]) l. 5 D. L, 16; vergleichsweise dagegen ist der Ausdruck „quasi rem vendendam locasse videatur" in l. 1 D. XIX, 3 gebraucht. — Fr. Endemann spricht p. 130 von der Verpflichtung, die Arbeit des Unterbringers zu vollziehen.

[23]) Vgl. über dieselben Bender, p. 126 ff., Bornemann, p. 232, Mittermaier, Not. 28, Hillebrand, p. 396, Wolff, Arch. p. 148 Not. 35 u. Fr. Endemann, p. 131. Mecklenb. Plan v. 19. 10 1881, § 4.

als Mandatare,[24]) Kommissionäre, Trödler[25]) oder Proprehändler[26]) kontrahirt haben.

§ 294.

C. Vertragsschluss bei Klassenlotterieen (Renovation und Indossament).

I. Bei der Klassenlotterie[1]) findet die Ziehung in mehreren, gewöhnlich 4—6 Abtheilungen (Klassen, Vertheilungen, Sonderziehungen) statt. Einsatz und Ziehungszeit sind für jede Klasse besonders bestimmt. Für jede Klasse werden der Regel nach besondere Loose ausgestellt. Jedes Loos gewährt nur für die Klasse, auf welche es lautet, Anspruch auf Gewinn;[1a]) die mit einem Gewinn gezogenen Loose fallen in der folgenden Klasse in der Regel fort. Wer im Laufe einer Lotterie nach schon erfolgter Ziehung einer oder mehrerer Klassen ein Loos zu einer späteren Klasse erwirbt (sog. **Kaufloos**), muss der Regel nach den vollen Einsatz, Stempelsteuern und Kollekteurgebühren der früheren Klassen nachzahlen.[2])

Hiernach könnte es scheinen, als ob die Klassen nur „unselbständige Theile" des ganzen Unternehmens bildeten, und als ob der Lotterievertrag sich nicht auf die einzelne Klasse, sondern nur auf die Gesammtheit der Klassen bezöge. Für diese Auffassung hat man geltend gemacht,[3]) dass die **Absicht** des Theilnehmers nicht gerade auf den Gewinn in einer **bestimmten** Klasse, sondern vielmehr überhaupt auf die Realisirung der erkauften spes in **einer** und zwar vorzüglich in der letzten Klasse, die die meisten und grössten Treffer gewähre, gerichtet sei; das Kaufobjekt sei nur **eine** spes, die sich aber zu verschiedenen Zeiten, d. h. in den verschiedenen Klassen realisiren könne; auch der Kaufpreis sei eigentlich ein einziger für sämmtliche Klassen; er sei nur zur Bequemlichkeit der Theilnehmer nach Maassgabe der einzelnen Klassen in mehrere Raten getheilt mit der Festsetzung, dass, wenn Theilnehmer mit einer dieser terminlichen Ratenzahlungen

[24]) O.A.G. Celle 1826 (Hann. Jurist. Ztg. II. Heft 2 p. 11) „Mandatar ihrer Kollekteure". O.A.G. Dresden, Z. f. R. u. V. XXII p. 340: „Substituten ihrer Hauptkollekteure". Dietrich in Busch, Arch. 2 p. 17: „nach den meisten Partikulargesetzgebungen lediglich als Gehilfen der Hauptkollekteure anzusehen, stehen also zu den Letzteren in einem reinen Mandatsverhältniss." Fr. Endemann, p. 131: „lediglich Beauftragte der Hauptkollekteure".

[25]) Z. f. R. u. V. XXIII p. 383 (O.A.G. Dresden 27. 2 1862).

[26]) R.O.H.G. IX p. 63.

[1]) Vgl. oben p. 43 bei Not. 15 ff., Bender, p. 12 u. 35, Fr. Endemann, p. 77, 134 ff. — Eine Heilbronner Lotterie v. J. 1726 hatte 24 Klassen. Preuss. Ger.Ztg. Nr. 29.

[1a]) Preuss. Plan § 5, Sächs. Plan § 5, Mecklenb. Plan § 5, Braunschw. § 6, Hamb. § 2.

[2]) Preuss. Plan § 7, Sächs. Plan § 3 a. E., Braunschw. Plan § 7. Hamb. Plan § 2 a. E. Vgl. auch Bender, p. 14, u. Fr. Endemann, p. 77.

[3]) Vgl. die von Kind referirte Leipziger Entscheidung bei Schwarze (Z. f. R. u. V. III p. 83).

in Verzug komme, er seines Rechtes völlig verlustig gehe. Gegen diese Konstruktion hat jedoch schon **Schwarze** überzeugend ausgeführt, dass die Nebenabsichten des Theilnehmers irrelevant,[4]) dass diesem nicht etwa der beabsichtigte Gewinn der letzten Klasse, sondern lediglich die Gewinnsthoffnung derjenigen Klasse gewährt werde, zu der er das Loos erworben, dass kein Theilnehmer zur Theilnahme in den nachfolgenden Klassen verpflichtet sei, und dass endlich auch Niemand, falls er in einer der früheren Klassen herausgekommen, den Einsatz für die späteren Klassen zu zahlen brauche;[4a]) er müsste dies aber thun, falls in Wahrheit der Preis der spes ein einziger, nur in Raten zerlegter Gesammtpreis wäre, denn dieser Gesammtpreis ist ja noch nicht vollständig bezahlt. — Es herrscht auch in der Theorie und Praxis gegenwärtig Einverständniss[5]) darüber, dass der **Regel** nach der Lotterievertrag nicht auf sämmtliche Klassen, sondern nur auf die unmittelbar bevorstehende einzelne Klasse abgeschlossen wird, so dass bei jeder nachfolgenden Klasse auch ein **neuer**, für sich bestehender Hoffnungskaufvertrag bezüglich derselben Nummer erforderlich wird.

Zu diesem **Erneuerungs-** oder **Renovationsvertrage** ist der Unternehmer, selbst gegen den Willen des Kollekteurs,[6]) dem Theilnehmer gegenüber verpflichtet. Diese Verpflichtung wird durch einen Nebenvertrag bei Abschluss eines jeden Klassenlotterievertrages für die nächstfolgende Klasse übernommen.[7]) Der

---

[4]) Wie wenig die Absicht allein maassgebend ist, beweist auch der gar nicht so seltene Fall (vgl. Entsch. des R.G. v. 19 10 1880 bei Gruchot, XXV p. 741, auch Fr. Endemann, p. 135), dass Jemand dieselbe Nummer durch eine ganze Reihe von sich folgenden Lotterieen desselben Unternehmers zu spielen beabsichtigt; dieser weitergehenden Nebenabsicht ungeachtet wird der Lotterievertrag doch stets nur bezüglich einer bestimmten Lotterie abgeschlossen. Vgl. unten Not. 8.

[4a]) Es wird vielmehr, falls ein Loos für alle Klassen genommen war, im Gewinnstfalle die Einlage, die für spätere Klassen im Voraus bezahlt wurde, zurückgewährt. § 7 Abs. 2 des Sächs. Plans.

[5]) Hagemann, V p. 135, 137, Glück, p. 365, Gründler, p. 162, Bender, p. 35 u. 85, Neubert, p. 17, Holzschuber, p. 773, Mittermaier, p. 92, Gerber, Not. 10, Wolff, Arch. p. 134 u. 144, Schwarze a. a. O., Dernburg, p. 406. — Erfurter Fakultät 1764 bei Schorch a. a. O.; O.A.G. Dresden 1852 (Z. f. R. u. V. XI p. 203 ff.); R.O.H.G. 12. 2. 1873 IX p. 55. — Unentschieden Haubold, Not. h. — Fr. Endemann, p. 134 meint zwar, dass „an sich ein Fortspielen durch alle diese unselbstständigen Theile der einen Lotterie präsumirt wird" — was an sich m. E. zu verneinen ist, — hebt aber doch auch hervor, dass man nicht verpflichtet sei, durch alle Klassen hindurch zu spielen, und dass man, falls man weiter spielen wolle, ein neues Loos kaufen müsse.

[6]) K. Sächs. Plan § 5, Mecklenb. Plan § 5, Braunschw. Plan § 6. Fr. Endemann, p. 134.

[7]) Der Verkauf eines Klassenlotterielooses stellt sich sonach dar als eine emtio spei für die bevorstehende Klasse verbunden mit einem pactum de vendenda spe bezüglich der nächsten Klasse. Vgl. Dernburg, p. 406. — Elvers, p. 85 leitet aus der Renovationsbefugniss des Theilnehmers ein Argument gegen die Auffassung des Lotterievertrags als einer emtio spei her; aber bleibt der Verkauf eines Fischzugs nicht auch dann Hoffnungskauf, wenn ein Fischzug fest verkauft und gleichzeitig verabredet wird, dass es dem Käufer freistehen solle, noch die Ueberlassuug eines zweiten Fischzuges zum nämlichen Preise zu fordern?

Theilnehmer selbst hat keine Pflicht, dagegen ein ausschliessliches Recht auf Erneuerung. [8]) Dieses Recht ist der Regel nach ein bedingtes. [9]) Es ist davon abhängig, dass Theilnehmer binnen bestimmter Frist vor der Ziehung, mitunter unter Vorzeigung des Looses der zuletzt gezogenen Klasse, weiter theilnehmen zu wollen erklärt (sich zur **Renovation erbietet**, die **Renovation nachsucht**).

In der blossen Thatsache, dass Jemand durch alle Vorklassen hindurch dieselbe Nummer gehabt hat, ist ein Erbieten zur Renovation betreffs der letzten Klasse der Regel nach nicht zu finden. [10]) Es ist der Regel nach auch weder der Unternehmer, noch der Kollekteur verpflichtet, dem Theilnehmer der Vorklassen ohne seine Erklärung, weiter theilnehmen zu wollen, das Loos der folgenden Klasse zuzusenden, resp. zu offeriren. [11]) Von dieser Regel bestehen jedoch Ausnahmen: es kann nämlich durch Gesetz, [12]) durch den Plan [13]) oder durch Privatvertrag zwischen Theilnehmer und Kollekteur Letzterer verpflichtet sein, ohne Erbieten des Theilnehmers die Renovation des Looses für ihn rechtzeitig zu besorgen, die neuen Loose ihm zu offeriren oder für ihn aufzubewahren. [14]) Ein solcher Privatvertrag braucht nicht gerade ausdrücklich geschlossen zu werden; es genügt schon, wenn der Kollekteur seinen Kunden in einer Anzahl unmittelbar vorangegangener Fälle die Renovation besorgt und hierdurch in ihm die Erwartung hervorgerufen hat, dass er auch in späteren Fällen in gleicher Weise verfahren werde. [15]) Dem Unternehmer gegenüber ist solcher Separatvertrag in vielen Plänen für unverbindlich erklärt. [16])

II. Die Gewinnhoffnung mehrerer oder aller Klassen einer Lotterie kann ausnahmsweise Gegenstand eines Lotterievertrages sein. Dies geschieht einerseits in den freilich nur vereinzelten Fällen, in denen der Unternehmer für **alle** Klassen gültige Loose (sog. **Vollloose**) ausgibt, [17]) andererseits und weit häufiger durch einen den Unternehmer nicht bindenden Privatvertrag zwischen Kollekteur

---

[8]) Mecklenb. Plan 5, Wolff, Arch. p. 144, Dernburg, p. 606, Kind, Sammlung auserles. Rechtssprüche I Nr. 19. Dagegen hat der Theilnehmer keine Anwartschaft auf dieselbe Nummer einer folgenden Lotterie, vorbehaltlich besonderer Abrede oder planmässiger Bestimmung, vgl. Fr. Endemann, p. 135. Preuss. Plan § 16.

[9]) R.G. v. 19. 10. 1880 (bei Gruchot, XXV p. 741).

[10]) Anders einige Preuss. Entscheidungen von 1803 und 1804; vgl. dagegen Bielitz, Komm. p. 587, u. Rönne, Erg. u. Erl. zu § 547 ff., A. L.R. I, 11.

[11]) Gründler, p. 162, Bender a. a. O., Wolff, Arch. p. 144 u. 145.

[12]) Mecklenb. Verordnung v. 16. 11 1831 bei Wolff, p. 145.

[13]) Bender, p. 84 u. 85 Not. 2; vgl. aber auch p. 94 Not. 1 a. E. R.O.H.G. XVII p. 119.

[14]) Vgl. die Erk. des O.A.G. Jena, Seuffert, IV Nr. 245.

[15]) R.O.H.G. IX p. 57 (12. 2. 1873). Vgl. noch Hannov. V. v. 19. 4. 1819 § 4 bei Bender, 1. Ed. p. 243, sowie auch 2. Ed. p. 84, 88 Not. 23, Elvers, p. 87, Grefe, p. 398, Wolff, p. 145, Busch, N. F. XIII, p. 356 (R.O.H.G. v. 22. 6. 1878), Gengler, Lehrb. p. 747 Not. 45.

[16]) Vgl. oben p. 45 Not. 10.

[17]) Sächs. Plan § 2. Vgl. auch Bender, p. 94, Kuntze, p. 492, Wolff, Arch. p. 150 Not. 39.

und Theilnehmer. [18]) Dieser Privatvertrag erscheint meist in der Form des **Indossaments,** d. h. in einem auf die Rückseite des Looses gesetzten Vermerk, welcher das Loos bezüglich mehrerer oder aller Klassen für gültig erklärt. [19])

Dieses Indossament ist weder ein Wettvertrag, [20]) noch die Veranstaltung einer eigenen Lotterie Seitens des Kollekteurs, [21]) auch nicht „das vom Indossanten ausgedrückte Anerkenntniss des darin bezeichneten Indossatars als vollberechtigten **Eigenthümers** dieses Looses für alle inbegriffenen Klassenziehungen". [22]) Das Indossament ist vielmehr, sofern es nur vom Spieler genehmigt worden, [23]) ein Vertrag, durch welchen der Kollekteur dem Spieler eine Reihe successiver Gewinnsthoffnungen (bedingter Forderungsrechte gegen den Unternehmer) verkauft und gleichzeitig unter Liberirung des Spielers von der Renovationspflicht seinerseits die Verbindlichkeit übernimmt, „die Originalloose zu den folgenden Klassen für den Spieler in Händen zu behalten und die Erhebung des darauf fallenden Gewinnstes für denselben zu besorgen." [24])

---

[18]) R.O.H.G. IX p. 56. — Das Indossament verbietet § 3 des Preuss. Plans: „die Einnehmer und Untereinnehmer dürfen kein Loos durch Vermerk für mehrere Klassen als gültig erklären."

[19]) Bender, p. 94 ff., Kuntze, p. 493, 494, Gengler, Lehrb. p. 747 Not. 45, Wolff, Archiv p. 149, 150. — Ueber das Indossiren der Loose im gewöhnlichen Sinne des Wortes vgl. Kuntze, p. 492 Not. 7.

[20]) Vgl. Bender, p. 95 Not. 3.

[21]) Denn die Parteien wollen eine Forderung gegen den Unternehmer verkaufen resp. erwerben; der Kollekteur will nicht wie ein Unternehmer haften. Dass der Unternehmer durch das Privatabkommen zwischen Kollekteur und Spieler nicht sofort verpflichtet wird, ändert an der Natur des Verkaufsgeschäftes nichts. — Vgl. auch Bender a. a. O.

[22]) So Bender, 2. Ed. p. 94. Aber der Empfänger eines unaufgefordert erhaltenen indossirten Looses der ersten Klasse wird trotz des Indossaments nicht ohne Weiteres Eigenthümer des Looses. Vgl. Wolff, Arch. p. 150. — Bender definirte übrigens früher in der 1. Aufl. p. 155 das Indossament als das „schriftliche Versprechen eines Kollekteurs, den darin genannten Indossanten (?) als Spieler für die einbegriffenen Klassen ansehen zu wollen". So auch Weiske, p. 764, Mittermaier, p. 92 Not. 27, Gengler a. a. O., vgl. auch Kuntze, p. 494.

[23]) Ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Indossatars ist das Indossament nur Vertragsofferte. Vgl. auch Seuffert, Arch. IX Nr. 175 p. 274.

[24]) Thöl, Ausgew. Entscheidungsgründe p. 115, Seuffert a. a. O. Vgl. auch unten § 296 Not. 37 a. E., § 297 bei Not. 9. Gengler a. a. O.

IV. Sind die Lotteriegeschäfte Handelsgeschäfte?

§ 295.

Vor Einführung des Handelsgesetzbuches wurde der Lotteriebetrieb, insbesondere der Loosedebit vielfach [1]) als Handelsgeschäft aufgefasst. Man erklärte die Unternehmer für Fabrikanten, die Kollekteure für Handelsleute, die Loose für eine fabrizirte Glückswaare, deren Hauptniederlage sich bei der Direktion befinde. Auch die Preussische Instruktion vom 1. März 1834 bezeichnete den Loosedebit der Einnehmer als ein kaufmännisches Geschäft.[2]) — Dieser Auffassung ist **Bender** lebhaft entgegen getreten, freilich mit Gründen,[3]) die „seiner engen Auffassung von Handel und Handelssache entspringen und jedenfalls für das System des Handelsgesetzbuches nicht mehr passen." [4])

Seit Einführung des H.G.B. ist zu unterscheiden:

1. Auf Seiten des Unternehmers ist der Lotterievertrag weder absolutes, noch relatives Handelsgeschäft,[5]) möglicherweise indess accessorisches Handelsgeschäft. [6])

2. Für den Kollekteur [7]) ist sowohl die Anschaffung von Loosen [8]) zum

---

[1]) Hagemann, II p. 336, Neubert, p. 60, auch Lindner, Eckhart, Hänsel. Vgl. Bender, 1. Ed. p. 180 ff., 2. Ed. p. 106 ff., u. Gründler, p. 164.

[2]) Bender, p. 106 Not. 1. Vgl. auch Gründler, p. 165, Holzschuher, p. 773. — Auch die Preuss. Geschäftsanweisung für Lotterieeinnehmer v. 1. Aug. 1875 nennt den Loosedebit einen der Gewerbesteuer unterliegenden kaufmännischen Erwerbszweig. Vgl. Fr. Endemann, p. 145 u. 108.

[3]) „Man nennt Handel den Umsatz von Waaren in unveränderter Form, als Gewerbe betrieben, Handelssachen solche, welche aus einem Handelsgeschäfte entspringen, dem bürgerlichen Verkehr nicht eigen sind, sondern blos unter Kaufleuten vorkommen. Lotterieloose sind keine Kaufmannswaare, es findet in ihnen kein ungebundener Verkehr statt, sondern ihr Debit ist Ausrichtung eines Mandats"... „Kaufmannsgut, d. h. solche Waaren, die Gesetz oder fester Gebrauch als solches namentlich (!) erkennt."

[4]) So Goldschmidt, I p. 493 Not. 12.

[5]) Der Unternehmer ist daher nicht in das Handelsregister einzutragen. Busch, IX p. 466 u. Z. f. H.R. VI p. 560; vgl. auch Fr. Endemann, p. 143, 144.

[6]) So z. B., wenn ein Kaufmann Waaren, die behufs Weiterveräusserung angeschafft sind, ausspielt.

[7]) Auch für den Unterkollekteur. Vgl. übrigens R.O.H.G. IX p. 63.

[8]) Ist die Gewinnsthoffnung nicht verbrieft, so liegt kein absolutes Handelsgeschäft vor, da dieselbe an sich keine Waare, keine bewegliche Sache im Sinne des Art. 271 ist.

Zweck der Weiterveräusserung, als auch die Uebernahme einer Lieferung von Loosen à découvert[9]) **absolutes** Handelsgeschäft, jedoch beides nur unter der doppelten Voraussetzung, dass einerseits der Kollekteur die Loose auf eigene Gefahr, sei es fest als **Käufer**, sei es bedingt vermöge **Trödelvertrags** übernimmt,[10]) und dass andererseits die Loose für den **Handelsverkehr bestimmt** sind. Art. 271 Z. 1 und 2.

Ob die Loose für den Handelsverkehr bestimmt sind, ist quaestio facti.[11]) Zur Annahme einer solchen **Bestimmung** genügt allerdings weder der Wille der einzelnen Loosinhaber, noch der thatsächliche Umsatz der Loose.[12]) Entscheidend ist vielmehr der Wille des Emittenten. Dieser Wille braucht aber nicht[13]) darauf gerichtet zu sein, ein Werthpapier zu schaffen, das im Handelsverkehr als Waare zirkuliren **soll**; es reicht vielmehr aus, wenn der Wille nur dahin geht, ein Werthpapier zu emittiren, das im Handelsverkehr als Waare zirkuliren **kann**.

Dieser Wille kann bei dem Unternehmer sehr wohl vorhanden sein. Nicht entgegen steht „die kurze Dauer der Gültigkeit“[14]) und „der höchst imaginäre Werth der Loose“.[15]) Die Zirkulationsfähigkeit ist auch für den Unternehmer insofern von Interesse, als der von ihm behufs Kapitalbeschaffung erstrebte Loosabsatz durch die Möglichkeit eines leichten Loosumsatzes zweifellos gefördert wird.[16]) Die Absicht, ein zirkulationsfähiges, also für den Handelsverkehr

---

[9]) Selbst die planwidrige. Vgl. übrigens die Note zu R.O.H.G. XVII p. 120.

[10]) Goldschmidt, p. 493 Not. 12, Behrend, p. 108 Not. 11, R.O.H.G. XXIII p. 213, Busch, XIII p. 269, Gareis im R.Lex. p. 679.

[11]) Gegen die Handelspapierqualität Bekker, Jahrb. I p. 307 ff., Beseler, p. 314, wohl auch Stobbe, p. 199 u. 200, O.A.G. Dresden (Busch, VI p. 114, Z. f. H.R. VIII p. 618), W. Endemann, H.R. p. 16 Not. 9, 594 Not. 3; für dieselbe Dietrich (Busch, II p. 11), R.O.H.G. XXIII p. 213. Vgl. jetzt noch W. Endemann, I p. 61 Not. 43 u. p. 144 dieses Handbuchs, sowie besonders Fr. Endemann, p. 141 ff.

[12]) So treffend Fr. Endemann. Uebrigens konstatirt schon Azorius den Umsatz der Lottoloose („ut transeat ad multos emptores“); auch gegenwärtig zirkuliren die Lotterieloose vielfach und nicht selten zu erhöhten Preisen. Fr. Endemann, p. 115 u. 141 Not. 4. Vgl. auch die Motive des bayr. Entwurfs p. 234: „weil dergl. Loose, wie andere Werthpapiere auf den Inhaber häufig einen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden“ (bei Gruchot, 186 Not. 1).

[13]) Wie Fr. Endemann annimmt. Man denke aber beispielsweise an die Emission von öffentlichen Anleihen auf den Inhaber, die doch gewiss zu den Handelspapieren gehören. Der Emittent will zur Befriedigung seines Kapitalsbedürfnisses zirkulationsfähige Papiere schaffen; an der wirklichen Zirkulation hat er so wenig Interesse, als der Lotterieunternehmer; oft wird sie im Interesse späterer Anleihen ihm unerwünscht sein.

[14]) Die Eigenschaft der Waare kommt auch Gütern zu, die schnellstem Verderb ausgesetzt sind.

[15]) Es gibt Aktien von noch imaginärerem Werth.

[16]) Man erwirbt lieber ein im Fall eines Geldbedürfnisses vor der Ziehung verkäufliches, als ein unverkäufliches Loos. — Wenn Fr. Endemann meint, der Unternehmer werde mehr Loose absetzen, wenn die Kauflustigen sie nicht von den Spielern, sondern von den Kollekteuren direkt beziehen, so scheint er zu übersehen, dass manche Personen lieber mit einem von den Beschränkungen der Kollekteure (z. B. bezüglich des Kreditirens) freien Privatmann, als mit den Kollekteuren kontrahiren, dass die verkaufenden Spieler

bestimmtes Loos zu schaffen, erhellt zuweilen aus den Bestimmungen des Plans;[17]) aber auch schon aus der Ausgabe echter[18]) Inhaberpapiere oder Ordrepapiere kann diese Absicht gefolgert werden.[19])

Dass der Kollekteur in der Regel verpflichtet ist, die Loose zum planmässigen Preise und unter Beobachtung bestimmter Vorschriften zu vertreiben, nimmt dem Geschäft nicht den Karakter des Handelsgeschäfts.[20]) Wollte man selbst die Gewinnabsicht als Erforderniss des Handelsgeschäfts aufstellen,[21]) so ist doch diese Absicht trotz des äusserlich gleichen Einkaufs- und Verkaufspreises bei dem Kollekteur mit Rücksicht auf die zu erzielenden Provisionen, Aufgelder und Schreibgebühren als vorhanden anzunehmen.[22])

Der Kollekteur, der gewerbsmässig für den Handelsverkehr bestimmte Loose auf eigene Gefahr (als fester Käufer oder Trödler) erwirbt oder zu liefern übernimmt, ist nach Art. 4 Kaufmann.[23])

3. Ist der Kollekteur weder Käufer, noch Trödler, sondern Kommissionär oder blosser Mandatar des Unternehmers, so ist die Uebernahme der Kommission resp. des Auftrags niemals **absolutes** Handelsgeschäft.[24]) Dagegen karakterisirt sich das gewerbsmässige Inkasso der Einsätze resp. die gewerbsmässige Gewinnauszahlung als **relatives** Handelsgeschäft, (Bankiergeschäft Art. 272 Z. 2.)[25])

---

vielfach erst die Kauflust wecken, dass die Spieler nicht selten Freunden verkaufen, denen sie die unerwünschte Korrespondenz mit den Kollekteuren abnehmen, und dass sie selbst nach erfolgtem Verkauf sich das verkaufte Loos durch ein neues ersetzen.

[17]) So weist z. B. § 2 des Braunschweigschen Plans: „Der Verkauf der Loose geschieht an die Hauptkollekteure und von diesen an die Spieler" unzweideutig auf einen wiederholten Umsatz der Loose hin. Vgl. noch R.O.H.G. XXIII p. 213.

[18]) Nicht aber aus der Ausgabe von hinkenden Inhaberpapieren (Legitimationspapieren).

[19]) A. M. Fr. Endemann a. a. O. Vgl. aber Thöl, § 26 Not. 2: „Diejenigen, welche für den Handelsverkehr bestimmt sind (Art. 271 Nr. 1) d. h. welche Ordrepapiere oder Inhaberpapiere sind." Behrend, p. 107: „alle auf den Inhaber lautenden, sowie die durch Indossament übertragbaren Urkunden, da dieselben vermöge ihrer Form von vornherein für den Umsatz bestimmt sind". Vgl. noch v. Hahn, II p. 10 Not. 10, u. W. Endemann oben II p. 7, sowie Thöl, § 33 Not. 10 u. § 211 Not. 2.

[20]) R.O.H.G. XXIII p. 214. A. M. Dietrich (Busch, II p. 13), A.G. u. O.A.G. Dresden (Busch, VI p. 113, 114), Fr. Endemann, p. 145, aber auch p. 124.

[21]) Goldschmidt, p. 563 ff., Fr. Endemann, p. 144 bei Not. 8. Vgl. dagegen oben W. Endemann, I p. 61 Not. 46, Behrend, p. 111 Not. 22.

[22]) Goldschmidt, p. 493 Not. 12, p. 567 Not. 58, Behrend, p. 109 Not. 13a.

[23]) Goldschmidt, p. 493, Behrend, p. 99 Not. 8, Gareis, p. 57. A. M. Dietrich a. a. O., Ackermann a. a. O. Vgl. noch W. Endemann, I p. 144 u. 50 dieses Handbuchs. —

[24]) Behrend, p. 108 Not. 11, Dietrich, p. 14, Ackermann, p. 110 ff. — Dass der Erwerb des Kommissionärs nicht Anschaffung im Sinne des Art. 271, vgl. Goldschmidt, p. 547 Not. 8a.

[25]) Dieser Gesichtspunkt scheint in dem Streit um die Kaufmannseigenschaft der Kollekteure ganz übersehen. — Ueber die bancherii als die ältesten Kollekteure des ital. Staatslotto vgl. oben § 293 Not. 1. Ueber das Inkasso als Bankiergeschäft vgl. Goldschmidt, p. 600 ff., Thöl, § 28 Not. 6 u. 7, v. Hahn, Art. 272 §§ 6 u. 7, Anschütz u. v. Hölderndorff, p. 34 u. W. Endemann, I p. 71 dieses Handbuchs.

Relatives Handelsgeschäft ist auch die Uebernahme der Verkaufskommission nach Art. 272 Z. 3 in denjenigen seltenen Fällen, in welchen der für Rechnung des Unternehmers vorzunehmende gewerbsmässige Verkauf der Loose sich vom Standpunkte des Unternehmers [26]) als (accessorisches) [27]) Handelsgeschäft darstellt. Auch in diesen Fällen ist der Kollekteur infolge gewerbsmässigen Betriebes nach Art. 4 **Kaufmann.**

4. Ist der Kollekteur infolge des Loosedebits resp. der Zahlungsvermittelung unter den ad 2 resp. 3 angeführten Bedingungen Kaufmann, so sind alle Geschäfte, die zum Betriebe seines Kollekteurgewerbes gehören, auch wenn sie an sich keine Handelsgeschäfte wären, nach Art. 273 **accessorische** Handelsgeschäfte. [28]) Dies gilt insbesondere für die Weiterveräusserung der Loose an die Spieler, für die Renovations- und Indossamentsverträge, für die Uebernahme der (neben den fest bezogenen) mandatsweise erhaltenen Loose, sowie für die Verträge mit Unterkollekteuren.

5. Ist ein Kollekteur nicht infolge seines Loosedebits, jedoch infolge anderer Geschäfte Kaufmann, so sind seine Lotterieverträge in Gemässheit des Art. 274 präsumtive Handelsgeschäfte. [29])

6. Die Lotterieverträge des Theilnehmers, insbesondere der Looskauf, sind der Regel nach weder absolute, noch relative Handelsgeschäfte, denn der Theilnehmer will der Regel nach die Hoffnung nicht zum Umsatz, sondern für sich selbst erwerben. [30]) Immerhin aber ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass Jemand, der nicht als Kollekteur bestellt ist, Loose, die zum Handelsverkehr bestimmt sind, behufs Weiterveräusserung [31]) erwirbt oder solche Loose à découvert verkauft. Insoweit kann diesen Geschäften der Karakter von Handelsgeschäften nach Art. 271 Z. 1 und 2 nicht versagt werden. Ist der Theilnehmer Kaufmann, so ist der Lotterievertrag praesumtives und in seltenen Fällen [32]) accessorisches Handelsgeschäft.

---

[26]) Goldschmidt, p. 610 Not. 4, Behrend, p. 121 Not. 13, Grünhut, Recht des Kommissionshandels p. 56 Not. 6 u. die dort Citirten.

[27]) Vgl. oben Not. 6.

[28]) R.O.H.G. XXIII p. 214. Endemann, I p. 61 Not. 43 dieses Handbuchs.

[29]) Vgl. auch R.O.H.G. XVII p. 120 a. E. A. M. (vor Erlass des H.G.B.) Holzschuher, p. 773 u. die dort Citirten.

[30]) Hamb. H.G.Erk. 1871 „Der Kauf von 2 Viertel-Lotterieloosen ist kein Handelsgeschäft" (Busch, N. F. II p. 156).

[31]) Gruchot, p. 190, 191: „Der Einsetzer kann das Loos, d. h. den dadurch beurkundeten Gewinn weiter veräussern. . . Der vor der Ziehung erfolgte Weiterverkauf eines Looses stellt sich gleichfalls als Hoffnungskauf dar". Vgl. auch Bornemann, p. 200 u. Fr. Endemann, p. 133 Not. 1.

[32]) Z. B. falls ein Kunsthändler Loose zu einer Verloosung von Kunstwerken kauft.

V. Die Pflichten.

§ 296.

A. Des Unternehmers.

1. Der Unternehmer wird durch den Lotterievertrag dem Theilnehmer zur Ueberlassung eines Looses [1]) mit der vereinbarten Nummer, eventuell zur Gewährung des auf jene Nummer in der betreffenden Ziehung gefallenen Gewinns verpflichtet. [2]) Stand die Nummer noch nicht fest, lag also nur ein Lotterievorvertrag vor, so besteht der zu leistende Schadenersatz keines Falls in einem oder gar dem höchsten der planmässigen Gewinne, [3]) auch nicht etwa in einem (nach dem Verhältniss der nicht gelieferten Loose zur gesammten Loosezahl zu berechnenden) Bruchtheil der Gesammtgewinne, wohl aber im Ersatz des gezahlten Einsatzes, der gemachten Auslagen und etwaiger Konventionalstrafen, welche der Theilnehmer einem Dritten zu entrichten hat. [4]) Mitunter ist der Umfang des Schadenersatzes partikularrechtlich auf den doppelten Einsatz bestimmt. [5])

Dem Kollekteur ist der Unternehmer zur Ueberlassung der vereinbarten Loosezahl nur [6]) in denjenigen Fällen unwiderruflich verpflichtet, in denen der

---

[1]) Entwurf des Deutsch. Oblig.R. Art. 864. Bender, p. 68 ff. Vgl. oben p. 54 Not. 14.

[2]) Vgl. oben § 292 bei Not. 3. Das gilt auch für den Fall, dass das Renovationsloos dem Theilnehmer ohne dessen Schuld nicht beschafft werden. Vgl. Sächs. Plan § 5 Abs. 2, sowie Gruchot, p. 198 (O.A.G. Lübeck 24. Jan. 1833).

[3]) l. 29 § 3 D. IX, 2: „ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur". Vgl. die analogen Fälle bei Bender, p. 69 Not. 6, Löhr, N. F. III p. 84, Gruchot, p. 199 ff. u. 201 Not. 1, Hennings in der Hannov. Wochenschrift III, 2 p. 79, sowie oben p. 56.

[4]) Vgl. auch Fr. Endemann, p. 134 Not. 1.

[5]) Vgl. den allgemeinen Grundsatz für alle gewagten Geschäfte in § 545 Preuss. A.L.R. I 11. Vgl. Koch p. 791, aber auch Preuss. Ger.Zeit. Nr. 12. — Nach dem Hamburger Plan vom 9. Septbr. 1881 § 3 ist der Kollekteur, der die Erneuernngsloose zu liefern durch Zufall verhindert ist, zwei für alle Klassen gültige Loose zu liefern oder den vollen Werth derselben zu bezahlen verpflichtet.

[6]) Zu allgemein Fr. Endemann, p 123 bei Not. 6.

Kollekteur die Loose „fest" [7]) oder mittelst Trödelvertrags übernommen hat.[8]) Ist dagegen der Kollekteur Mandatar [9]) oder Kommissionär des Unternehmers, so liegt in der Verweigerung der Aushändigung ein statthafter Widerruf des Auftrags; in diesen Fällen besteht kein Recht auf Ausführung des Auftrags, vielmehr nur ein Anspruch auf Schadloshaltung wegen etwa bereits gehabter Auslagen oder getroffener Vorkehrungen. [10])

Das überlassene Loos muss planmässig beschaffen und der Regel nach vom Unternehmer unterzeichnet sein.[11]) War keine bestimmte Nummer vereinbart, so ist der Unternehmer (aus dem Lotterievorvertrage) zur Ueberlassung gewinnfähiger, noch nicht gezogener [12]) Loose verpflichtet. Zur Untersuchung und Anzeige, ob das vom Unternehmer empfangene Loos etwa in einer der Vorklassen bereits gezogen worden, ist der Theilnehmer nicht verpflichtet.[13]) Die Lieferung gezogener anstatt nicht gezogener Loose ist der Regel nach [14]) als Lieferung eines unbestellten aliud anzusehen.[15])

---

[7]) Auch der Kollekteur hat diese Pflicht demjenigen Unterkollekteur gegenüber, der Loose für eigene Rechnung bezogen hat. Vgl. noch R.O.H.G. IX p. 61 u. 63.

[8]) Das O.A.G. Dresden verweigerte dagegen dem Trödler und Kollekteur den Anspruch auf den Gewinnst, der auf ein ihm zugesagtes numerisch bestimmtes, aber nicht geliefertes Loos gefallen war; „die blosse Möglichkeit, dass, wenn er rechtzeitig die betr. Loose übergeben erhalten hätte, das darunter befindliche Gewinnloos noch nicht an einen Spieler abgesetzt gehabt haben u. dadurch zufällig in die Lage gekommen sein könnte, sich selbst als Spieler dieses Looses zu geriren u. durch dessen Besitz zur Erhebung des darauf gefallenen Gewinns sich zu legitimiren, könne ohne Zweifel keinen rechtlichen Grund abgeben, die Nichterlangung dieses Gewinnes als einen durch die Nichterfüllung des auf die blosse Vertreibung der Loose gerichteten Vertrags ihm zugezogenen Vermögensnachtheil anzusehen" (Z. f. R. u. V. N. F. XXIII p. 288, Erk. v. 27. Febr. 1862). Der Trödler braucht aber gar nicht zu verkaufen, kann vielmehr die Sache sogleich für sich behalten (Windscheid, p. 440 Not. 6); er hat somit nicht eine blosse Möglichkeit, die ihn zufällig in die Lage brächte, selbst zu spielen, sondern vielmehr ein wohlbegründetes Recht, von vornherein die zum Vertrödeln ihm gegebenen Loose als Spieler selbst zu behalten, mithin auch bei Vertragsbruch des Unternehmers ein Recht auf den Gewinn, der auf die ihm widerrechtlich vorenthaltene bestimmte Nummer fiel.

[9]) Z. f. R. u. V. a. a. O. p. 286.

[10]) Ebendas. — Ist der Auftrag vor dem Widerruf ausgeführt, das Loos also instruktionsmässig verkauft, so muss der Unternehmer den Kollekteur seiner Verbindlichkeiten gegen den Spieler entlasten, also auch den auf die verkauften Nummern etwa gefallenen Gewinn zahlen.

[11]) Daneben zuweilen auch noch vom Kollekteur. Bender, p. 70, Fr. Endemann, p. 132 Not. 4 u. 5.

[12]) Bender, p. 68, Gruchot, p. 191, 200, 201, Bornemann, p. 200, Dernburg, p. 408, Hennings a. a. O., Fr. Endemann, p. 133, sowie oben § 292 p. 56 und jetzt noch R.G. VI p. 290 (5. Januar 1882).

[13]) Auch bei dem Handelsdistanzgeschäft nicht. Vgl. Wolff, Arch. p. 140, 141, sowie Bender, p. 68.

[14]) Ueber den Fall, dass die Thatsache, aber nicht der Erfolg der Ziehung beiden Theilen bekannt ist, vgl. oben p. 57 bei Not. 30.

[15]) Vgl. R.O.H.G. XIV p. 371. — Bender a. a. O. u. O.A.G. Darmstadt (Gruchot, p. 200) nehmen an, dass fehlerhaft geliefert sei; es ist aber gar nicht geliefert, da ein gezogenes Loos keine Gewinnsthoffnungsurkunde vorstellt. Vgl. noch Pr. G.Z. Nr. 12.

Die Ueberlassung eines Looses mit einer anderen, als der vereinbarten Nummer verpflichtet den Unternehmer zum rechtzeitigen Umtausch, eventuell zum Schadensersatz, insbesondere auch zur Leistung des auf die vereinbarte Nummer fallenden Gewinns.[16]) Diese Pflicht fällt weg, falls der Spieler sich ausdrücklich mit der erhaltenen Nummer einverstanden erklärt oder das unrichtige Loos, trotz Kenntniss der Verwechslung, ohne zu reklamiren, behalten hat. Zur Prüfung der Identität der vereinbarten und empfangenen Nummer ist der Spieler nicht verpflichtet.[17])

2. Der Unternehmer ist der Regel nach[18]) verpflichtet, die Entscheidung des Zufalls mittelst der Ziehung zur planmässigen Zeit und in der planmässigen Weise herbeizuführen.[19]) Die Ziehung muss fehlerfrei erfolgen.[20]) Unterlässt der Unternehmer die Ziehung, oder bleibt ein veräussertes Loos planwidrig von der Ziehung ausgeschlossen,[21]) so kann auf Vornahme resp. Wiederholung der Ziehung und eventuell auf Schadensersatz geklagt werden. Der Schadensersatz besteht auch hier niemals in einem der planmässigen Treffer.[22])

Zur Erstreckung des Ziehungstermins ist der Unternehmer nur[23]) berechtigt bei ausdrücklichem Vorbehalt im Plane selbst[24]) oder im Fall der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung aller Spieler. Letztere ist ge-

---

[16]) Sei es bei der Renovation der Loose der Klassenlotterie oder in einem anderen Falle. — Nach der Preuss. Ger.Z. Nr. 12 wäre bei Loosen erster Klasse der Unternehmer nur zur Zurückzahlung des Einsatzes gegen Rücknahme des unrichtigen Looses verpflichtet.

[17]) Wolff, Arch. p. 140. Zum Theil anders Preuss. Ger.Z. Nr. 12, wo zwischen schriftlicher und persönlicher Bestellung, auch zwischen Loosen erster Klasse und Renovationsloosen unterschieden wird. A. M. auch Bornemann, p. 208, der nur bei Krankheit oder Abwesenheit dem Spieler die Vergleichungsverbindlichkeit abnehmen will, der schliesslich aber (p. 212) die ganze Frage für nicht zweifellos erklärt. — Der Preuss. Plan v. 24. Novbr. 1880 § 5, bestimmt zwar: „Jeder Spieler hat genau darauf zu achten, dass er für die neue Klasse ein Loos derselben Nummer erhalte, welche sein Loos der Vorklasse hatte“, lässt aber gleichwohl dem Spieler das „Anrecht auf den Gewinn, welcher etwa auf die ursprünglich von ihm gespielte Nummer gefallen ist“; auf den Gewinn, welcher auf die bei der Renovation irrthümlich empfangene Nummer fällt, hat er keinen Anspruch.

[18]) Eine Ausnahme bilden natürlich diejenigen irregulären Lotterieen, deren Treffer sich nach den Ziehungslisten einer anderen Lotterie bestimmen; vgl. oben p. 40 Not. 24, p. 43 bei Not. 21 u. Lange, p. 69 ff. Ist die Ziehung den Spielern überlassen, so muss der Unternehmer ihnen die Gelegenheit hierzu geben.

[19]) Bender, p. 38, Entw. des Deutsch. Oblig.R. Art. 865, Gruchot, p. 198, Stobbe, p. 345, Fr. Endemann, p. 110. Lange, p. 75 ff.

[20]) Bender, p. 42, Fr. Endemann, p. 113.

[21]) Bender, p. 43 Not. 1 a. E., theilt einen solchen Fall mit, der durch Vergleich beendigt wurde.

[22]) Vgl. oben Not. 3 u. 5, Bender a. a. O., Lange, p. 70, 83.

[23]) Das Preuss. Lotterieedikt von 1810 gestattet allerdings in § 11 die Erstreckung des Ziehungstermins der Lotteriedirektion unbeschränkt. Vgl. Bender, p. 39 Not. 2, Bornemann. p. 95 u. Fr. Endemann, p. 116 Not. 3.

[24]) Lange, p. 98. Bender, p. 39, Motive des Bayr. Entwurfs eines B.G.B. p. 234 (bei Gruchot, p. 199 Not. 2).

meinrechtlich[25]) nicht schon darin zu finden, dass auf öffentliche Verkündigung der Erstreckung Widerspruch nicht erhoben worden; zur Setzung des Präjudizes der stillschweigenden Zustimmung ist der Unternehmer um so weniger befugt, als bei der Weiterveräusserlichkeit der Loose Ausländer zu den Theilnehmern gehören können, bezüglich deren eine Kenntnissnahme des Aufgebots ganz und gar nicht zu präsumiren ist.[26]) Die dolose oder aus einem Versehen des Unternehmers resp. seiner Organe resultirende Hinausschiebung der Ziehung berechtigt die nicht zustimmenden Einsetzer zum Rücktritt vom Vertrage und zur Forderung von Schadensersatz.[27])

Von der Vornahme der Ziehung wird der Unternehmer nicht[28]) durch die Thatsache befreit, dass er die planmässige Loosezahl bis zur planmässigen Ziehungszeit nicht abzusetzen vermochte; es sei denn, dass durch Vertrag (Plan) oder Partikulargesetz dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht gegen Einsatzerstattung ausdrücklich eingeräumt ist.[29]) Die nicht abgesetzten Nummern braucht der Unternehmer von der Ziehung nicht auszuschliessen, da er hierdurch die verkaufte Gewinnchance der Einsetzer ohne Gegenleistung derselben verbessern würde. Es steht ihm vielmehr frei, die Ziehung mit allen planmässigen Nummern vorzunehmen und die auf die nicht abgesetzten Nummern fallenden Gewinne zu behalten. (Sog. Mitspielen des Unternehmers oder Spielen der Loose auf eigene Rechnung.[30])

3. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Gewinne, die auf die gezogenen

---

[25]) Anders das Preuss. L.R. I 11 § 551. Ueber die Mangelhaftigkeit der Preuss. Bestimmung, welche die Art der Bekanntmachung nicht einmal regelt, vgl. Gruchot, p. 198 Not. 1 a. E.

[26]) So Holzschuher, p. 769, Gruchot, p. 198.

[27]) Nach Preuss. A. L.R. § 550 nur zur Zurückforderung des Einsatzes nebst Zinsen bei der Staatsklassenlotterie nicht einmal hierzu. Vgl. oben Not. 23. Für die nicht vom, Staate unternommenen Lotterieen hat das A. L.R. Gültigkeit behalten. — Für den Fall der ganz unverschuldeten Hinausschiebung (z. B. durch Erkrankung oder Tod des bei der Ziehung thätigen Waisenknaben) wird das Rücktrittsrecht dem Spieler zu versagen sein.

[28]) So bestimmt ausdrücklich Art. 865 des Deutsch. Oblig.Entw. „Der Unternehmer ist verpflichtet, die Loosziehung zu der im Plan vorausbestimmten Zeit vorzunehmen, selbst wenn zu dieser Zeit noch nicht alle Loose abgesetzt sind." Dagegen gab der erste Entwurf nach Art. 925 in diesem Falle das Rücktrittsrecht (Gruchot, p. 198.) Für das Rücktrittsrecht auch Hagemann, V p. 134, Bender, p. 41 ff., die Erfurter Fakultät 1764 (Schorch Nr. 21 p. 134), Bornemann, p. 195, Dernburg, p. 407, Holzschuher, p. 769, Gengler, Lehrb. p. 745. Vgl. dagegen Stobbe, p. 345, die Motive des bayr. Entw. des B.G.B. p. 234 (bei Gruchot, p. 199 Not. 2), Gareis im R.Lex. p. 679 u. Fr. Endemann, p. 111.

[29]) So im Preuss. A. L.R. I 11 § 550 ff. u. im ersten Deutsch. Oblig.Entw. (oben Not. 28).

[30]) Dass der Unternehmer in Wahrheit kein Spieler, vgl. oben p. 50 bei Not. 32. Gegen die Statthaftigkeit des „Mitspielens" bei Ausspiellotterieen vgl. die Motive zu § 1481 des Sächs. B.G.B. (bei Gruchot, p. 199 Not. 2) u. bei Bender, p. 33 bei Not. 10; für die Berechtigung das Preuss. A. L.R., der bayr. Entw. Art. 775, der Deutsch. Entw. Art. 865, Dernburg, p. 407, Holzschuher, p. 769, Lange, p. 94 u. 153 ff. Letzterer spricht jedoch die Befugniss der eigenen Theilnahme dem Unternehmer ab, sofern er sich ausbedungen, dass der Gewinner nach der Zahl der nicht angebrachten Loose ihm eine Vergütung leiste.

Nummern planmässig gefallen, auszuzahlen resp. zu übereignen. Sind betrüglich oder durch ein dem Unternehmer zuzurechnendes Versehen mehrere Loose mit derselben Nummer ausgegeben, so gebührt jedem derselben der volle Gewinn.[31]) Enthält der Plan keine abweichenden Bestimmungen, so ist der Gewinn sofort[32]) nach der Ziehung und zwar vom Unternehmer **unmittelbar**[33]) zu leisten. Letzteres auch dann, wenn der Gewinner die Gewinnsthoffnung nicht vom Unternehmer selbst, sondern von irgend einem Kollekteur, Subkollekteur oder einem früheren Spieler erworben hat; denn das erworbene Objekt ist immer die im Gewinnstfalle gegen den Unternehmer erwachsende Forderung. Nach vielen Plänen, auch nach dem Preussischen,[34]) haftet indes der Unternehmer nur **subsidiär**, falls der Kollekteur die Gewinnzahlung verweigert.[35]) Hat der Kollekteur Loose nicht rechtzeitig remittirt, sondern selbst gespielt, so gebührt ihm der auf dieselben gefallene Gewinn.[36])

Die Gewinnauslieferungspflicht erlischt nach vielen Plänen der Regel nach[37]) in sehr kurzer Zeit; ob diese Zeit Befristung oder Verjährung,[38]) ist nach dem Plane im einzelnen Fall zu entscheiden.

Sind Loose ausgestellt, so ist der Gewinn der Regel nach nur gegen Rückgabe des Looses vom Unternehmer zu leisten.[39]) Ausnahmen finden nach vielen Plänen statt:

---

[31]) Dalloz, répert. XXX p. 264 Nr. 34, Recueil, 1867 II p. 88 No. 10.

[32]) Ueber und gegen die in den Plänen vielfach ausbedungene Hinausschiebung der Gewinnauszahlung (um Zinsen zu lukriren) vgl. Fr. Endemann, p. 112.

[33]) Struben, IV Nr. 160, Danz, II § 212, Holzschuher, p. 772, Glück, p. 366 ff., Bender, p. 57 ff., Gründler, p. 157, Mittermaier, p. 91 Not. 21, Gengler, Priv.R. p. 434, Gerber, § 193, Wolff, p. 151, Haubold, Not. m, Fr. Endemann, p. 112 u. 128.

[34]) Pr. Pl. v. 24. Novbr. 1880 § 10. A. M. Fr. Endemann a. a. O., der auf Grund der preuss. Geschäftsanweisung für Lotterieeinnehmer v. 1. August 1875 § 32a ein Wahlrecht annimmt, indes nur den Fall berücksichtigt, dass der Kollekteur dem Präsentanten des Looses die planmässige Bescheinigung der abgelehnten Gewinnzahlung ertheilt. Wie aber, wenn er auch diese Bescheinigung verweigert? Alsdann hat er, „wie auch in judicando angenommen worden, kein Klagerecht gegen die Lotteriedirektion, wiewohl diese sein eigentlicher Debitor ist, muss vielmehr prinzipaliter den Einnehmer belangen, und kann nur in subsidium die Direktion angreifen." So Bornemann, p. 223. Vgl. auch Förster-Eccius p. 136. — Ein wirkliches Wahlrecht zwischen Kollekteur und Unternehmer konstituirt dagegen der Mecklenb.-Schwerinsche Plan ad 9 für grössere Gewinne.

[35]) Bender, p. 58, Koch, p. 784, Sammlung der Lübeckschen O.A.G. Entsch. in Bremer Sachen V p. 479.

[36]) Vgl. den Fall v. J. 1778 bei Bender, p. 45 Not. 8 a. E.

[37]) Eine Ausnahme findet statt bei Auszahlung als abhanden gekommen bescheinigter Loose; hier muss aber die Anzeige binnen jener Frist eingegangen sein. Vgl. unten bei Not. 40. Dem Kollekteur steht die Einrede der planmässigen Verjährung, falls er das Loos indossirt hatte, nicht zu. Vgl. die oben p. 65 Not. 24 citirten Entscheidungen.

[38]) Vgl. Dernburg, p. 406 Not. 7, Fr. Endemann, p. 119 u. die dort Citirten, sowie Bornemann, p. 226 u. Striethorst, Arch. III p. 243.

[39]) Bender, p. 47, Stobbe, p. 345, Fr. Endemann, p. 113.

a. gegenüber dem Verlierer eines Looses, der von dem Verlust dem Unternehmer resp. Kollekteur ungesäumt bescheinigte Anzeige gemacht, falls kein Inhaber des als vermisst angezeigten Looses sich binnen der planmässigen Verfallzeit der Gewinne gemeldet hat;[40])

b. gegenüber demjenigen Spieler, welcher die herausgekommene Nummer in der früheren Klasse gespielt, deren Erneuerung rechtzeitig und rite nachgesucht, das ihm gebührende Loos aber entweder gar nicht[41]) oder anstatt desselben ein Loos mit einer andern Nummer erhalten hat.[42])

Die Uebergabe des Looses an den Kollekteur resp. Unterkollekteur ersetzt der Regel nach die Rückgabe an den Unternehmer **nicht**; vielmehr trägt der Spieler in solchem Falle die Gefahr der Unterschlagung Seitens des Kollekteurs.[43]) Eine Ausnahme findet statt, wenn im Plan dem Gewinner die Wahl freigestellt wäre, das Gewinnloos dem Unternehmer unmittelbar oder durch die Hand des Kollekteurs einzusenden.[44])

Ob der Unternehmer zur Ausantwortung des Gewinns an den Präsentanten des Looses unbedingt verpflichtet oder dessen Legitimation zu prüfen[45]) berechtigt oder gar verbunden[46]) ist, ist im einzelnen Falle nach dem Plan und dem Wortlaut des Looses zu entscheiden.[47]) Die modernen Staatslotteriepläne pflegen

---

[40]) Vgl. Bender, p. 50 ff., Fr. Endemann, p. 118. Es erscheint inkorrekt, dies als ein „besonderes Amortisationsverfahren" zu bezeichnen; das Loos wird gar nicht für kraftlos erklärt. — Ein gerichtliches Amortisationsverfahren ist „durchaus unnöthig und ungenügend, indem die Lotteriedirektion auch auf Grund eines Amortisations-Erkenntnisses vor Ablauf der Verfallzeit keine Zahlung leistet." Bornemann, p. 227. Vgl. noch Koch, p. 784. Holzschuher, p. 774.

[41]) Sächs. Plan § 5 Abs. 2. — Anders nach dem Hamburger Plan; vgl. oben Not. 5.

[42]) Sächs. Pl. § 5. Braunschw. Plan § 6 Abs. 1 a. E. Preuss. Plan § 5. Doch darf der Empfänger des verwechselten Looses diese Verwechselung nicht genehmigt haben. Vgl. oben bei Not. 17.

[43]) Preuss. Plan § 10, Fr. Endemann, p. 112, Holzschuher, p. 772, Bornemann, p. 229, sowie Gründler, p. 156—160, woselbst auch die älteren Vertreter der entgegengesetzten Meinung genannt und widerlegt sind.

[44]) Schmidt, hinterl. Abhdl. bei Holzschuher, p. 772, Gründler, p. 157.

[45]) Preuss. Plan § 3: „Nur der rechtmässige Besitz des Looses sichert den Gewinnanspruch"; aber auch § 10 Abs. 2: „Die Legitimation des Präsentanten unterliegt dabei keiner Prüfung" (ausgenommen 2 Fälle). — Auch der Sächs. Plan § 5 Abs. 2 versagt dem unrechtmässigen Besitzer die Gewinnzahlung. Der Braunschweigsche Plan § 10 gibt dem Spieler oder dem sonstigen rechtmässigen Inhaber den Gewinnanspruch. Dagegen allgemein der Deutsch. Obl.R. Entw. Art. 866: „Der Inhaber eines nicht auf den Namen lautenden Looses ist als solcher berechtigt, den darauf gefallenen Gewinn zu fordern; auf Loose, die auf jeden Inhaber lauten, finden die Vorschriften des Art. 347 Anwendung". Nach Art. 347 hat der Schuldner weder das Recht, noch die Pflicht, vor der Zahlung an den Inhaber dessen Berechtigung zur Innehabung der Urkunde zu prüfen und die Zahlung aus diesem Grunde zu verweigern, es sei denn ein gerichtliches Zahlungsverbot erlassen. Vgl. auch Züricher B.G.B. § 1779 u. dazu Bluntschli, p. 607 ad 2.

[46]) Holzschuher, p. 768: „Wenn nicht der Lotterieplan speziell den Spieler zum Nachweis verpflichtet, dass er rechtmässiger alleiniger Eigenthümer des Looses sei" ...

[47]) Vgl. oben p. 57 bei Not. 36—44 und die dort Citirten.

trotz Anerkennung der Inhaberqualität der Loose dem Präsentanten die Auszahlung des Gewinns in 3 Fällen zu verweigern: einerseits wenn das Loos von einem Andern als ihm abhanden gekommen bei dem Unternehmer angemeldet wurde;[48]) andererseits wenn auf Grund eines Prozesses über das Recht am Loose eine gerichtliche Beschlagnahme erwirkt ist;[49]) endlich wenn infolge eines Versehens bei der Renovation das Gewinnloos einem anderen als dem Spieler der Vorklassen übergeben worden.[50])

Von den Gewinnen darf der Unternehmer nach vielen Plänen bedeutende Abzüge machen.[51]) Andererseits ist nach manchen Plänen der Unternehmer den Gewinnern der Vorklassen oder den Nichtgewinnern der letzten Klasse zur einsatzfreien Ueberlassung eines sog. **Freilooses** für die folgende Klasse, resp. für die erste Klasse der folgenden Lotterie, event. zur Erstattung des Werthes verpflichtet.[52])

Der Verpflichtung zur Gewinnzahlung kann der Unternehmer bei nicht auf den Namen lautenden Loosen regelmässig nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche aus der Person des Inhabers entnommen sind oder aus dem Loose selbst, resp. aus einem auf das Loos gesetzten Vermerk erhellen.[53])

4. Bei den Wohlthätigkeitslotterieen ist der Unternehmer verpflichtet, dem Ertrage der Unternehmung die im Plan angegebene Bestimmung zu geben. Die französische Jurisprudenz gewährt wegen anderer Verwendung des Ertrages den Loosinhabern „l'action directe pour abus de mandat“ gegen den Unternehmer.[54]) Auch in Deutschland dürfte bei der Wohlthätigkeitslotterie dem Spieler die Klage auf planmässige Verwendung des Lotterieerlöses resp. Einsatzerstattung nicht abzusprechen sein; denn dem Hoffnungskauf ist hier ein ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenes pactum adjectum über die Verwendung des Erlöses zu dem bestimmten Zweck für beigefügt zu erachten.

5. Nach preussischem Landrecht ist der Unternehmer verpflichtet, so lange noch Loose vorhanden sind, bis zum planmässigen Zeitpunkt, wo der

---

[48]) Vgl. oben Not. 40.

[49]) Fr. Endemann, p. 117 ff. — Dass eine Arrestfreiheit der Gewinne den Gläubigern des Gewinners gegenüber (trotz der gegentheiligen Planbestimmungen) seit Erlass der Civilprozessordnung nicht existirt, ebendas. p. 116, 117.

[50]) Vgl. oben Not. 42. Wolff, Arch. p. 143, will indes dem redlichen Besitzer der verwechselten Nummer den Anspruch auf den Gewinn gewähren, den Unternehmer resp. Kollekteur also zur doppelten Auszahlung verpflichten. Falls der Plan dies nicht ausschliesst, ist dies berechtigt.

[51]) Preuss. Plan § 11, Sächs. § 6, Mecklenb. ad 8, Braunschw. § 8, Hamb. § 4. Vgl. Fr. Endemann, p. 78 u. 114.

[52]) Preuss. Plan § 6 (doch müssen die Einsätze für die schon gezogenen Klassen nachbezahlt werden). Hamb. Plan § 5. Vgl. noch Bender, p. 14, 18, 78 a. E. u. 85 Not. 3 und R.O.H.G. IX p. 63.

[53]) Dernburg, p. 407. Ueber die Kompensationseinrede vgl. unten § 297 bei Not. 16 ff.

[54]) Dalloz, rép. XXX p. 264 Nr. 33. Vgl. oben p. 47 bei Not. 12.

Absatz geschlossen werden soll, jedem sich meldenden Einsetzer Loose zu überlassen.[55]) Dieser gesetzlichen Bestimmung, die sich übrigens wohl nur auf öffentliche Lotterieen beziehen dürfte, widerspricht das Verbot der Preuss. Geschäfts-Anweisung vom 1. August 1875, Personen, die ein Loos auch nur einmal an andere übertragen haben, kein Loos mehr abzugeben.[56]) Die unbegründete Weigerung des Loosabsatzes macht den Unternehmer schadenersatzpflichtig.[57])

6. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Spieler auf Verlangen den Lotterieplan auszuhändigen[58]) und die Einsicht in die Ziehungsliste zu gewähren.[59])

7. Der Unternehmer wird durch alle von seinen Einnehmern[60]) geschlossenen, an sich rechtsgültigen und planmässigen[61]) Verträge und Handlungen, soweit keine Beschränkung publizirt worden, direkt verpflichtet.[62]) Aus den Verträgen und Handlungen derjenigen Personen, die ein Kollekteur sich eigenmächtig substituirt hat, oder die sich eigenmächtig zu Kollekteuren aufgeworfen haben, haftet der Unternehmer nur insofern, als er durch die Annahme der von ihnen eingesammelten Einsatzgelder oder sonst die Geschäftsthätigkeit jener Personen genehmigt hat.[63])

Der Unternehmer haftet auch für die Versehen und unerlaubten Handlungen seiner Kollekteure innerhalb des ihnen übertragenen Geschäftskreises;[64]) so, wenn der Kollekteur die empfangenen Einsätze oder die erhobenen Gewinne

---

[55]) A. L.R. I, 11 § 552, Bornemann, p. 196, Koch, p. 783.

[56]) Vgl. über dieses Verbot Fr. Endemann, p. 143.

[57]) Ueber den Umfang des Schadenersatzes vgl. oben Not. 3—5.

[58]) Resp. durch den Kollekteur aushändigen zu lassen. Braunschw. Plan § 14, Sächs. Plan § 11. Haubold, Not. g.

[59]) Preuss. Plan § 9, Sächs. Plan § 4, Braunschw. Plan § 5 Abs. 2, Bender, p. 16 u. 102.

[60]) Das gilt nicht nur von den Mandataren, sondern auch von jenen Einnehmern, die Loose als Kommissionäre, durch Trödelvertrag oder Kauf zum Weiterverkauf übernommen haben. Vgl. Holzschuher, p. 770 und die dort Citirten, sowie oben p. 16.

[61]) Alle von den Planbestimmungen abweichenden besonderen Verträge zwischen Spielern u. Kollekteur sind für den Unternehmer unverbindlich, so die Verträge über Indossirung, Besorgung der Renovation, Kreditirung, Kompagniespiel, Aufbewahrung der Loose, Gewinneinziehung. Vgl. Preuss. Plan §§ 3, 5, 10, Sächs. § 5 a. E., Mecklenb. ad 6, Braunschw. § 6 a. E.

[62]) Hagemann, V p. 133, Bender, p. 48, Holzschuher, p. 770, Glück, p. 362, Gründler, p. 160, Mittermaier, p. 91, Gruchot, p. 201, Dernburg, p. 406 Not. 8, Gengler, Priv.R. p. 434, Förster-Eccius, Not. 124 u. 127, Fr. Endemann, p. 126, 127 u. die dort Citirten.

[63]) Glück, XI p. 360 ff., Gruchot, p. 202, Bender, p. 44, Bornemann, p. 228, Preuss. A. L.R. § 559 ff., 564 I, 11. — Hat der Hauptkollekteur vom Unternehmer Substitutionsbefugniss, so haftet der Unternehmer für den Unterkollekteur in gleicher Weise, wie für den Hauptkollekteur. Holzschuher, p. 773.

[64]) Glück, p. 362, Hagemann, 133, Koch, p. 786, Gengler, Lehrb. p. 746, Holzschuher, p. 770, Bender, p. 44 u. die dort Not. 6 citirten Autoren. Vgl. jedoch Erk. des O.A.G. zu München v. 25. Juni 1820: „Die Lotteriedirektion haftet für ihre Kollek-

unterschlägt[65]), oder wenn er bei Anfertigung oder Einsendung der Listen eines Versehens sich schuldig gemacht hat.[66])

Die Verbindlichkeit des Unternehmers zur Vertretung seiner Kollekteure wird durch nicht-öffentlichen Widerruf der Bestellung nicht berührt; vielmehr muss derselbe bis zum **öffentlichen** Widerrufe für alle vom Kollekteur inzwischen planmässig geschlossenen Verträge haften.[67])

8. Endlich ist der Unternehmer seinen Kollekteuren gegenüber verpflichtet, die vertragsmässige Provision von den abgesetzten Loosen zu gewähren und der Regel nach auch die gemachten Auslagen zu erstatten.[68])

§ 297.

B. Des Theilnehmers.

1. Der Theilnehmer ist zur Entrichtung des planmässigen Einsatzes verpflichtet.[1]) Die Zahlung hat an den Kollekteur, mit welchem der Vertrag geschlossen worden, eventuell an den Unternehmer zu geschehen. Die Zahlung soll in der Regel **Zug um Zug** gegen Empfang des Looses erfolgen; bis zur erfolgten Zahlung ist der Gegenkontrahent (Unternehmer, Kollekteur) der Regel nach zur Zurückbehaltung der Loose berechtigt.[2])

Eine **Vorausbezahlung** des Einsatzes für spätere Klassen ist nicht ausgeschlossen, begründet aber, von Vollloosen abgesehen,[3]) einen Anspruch auf eventuelle Rückgewähr nur gegen den unmittelbaren Empfänger; ist die Pränumeration also planwidrig an den Kollekteur erfolgt, so ist der Unternehmer nicht haftbar.[4])

Auch die **Kreditirung** des Kaufpreises ist gemeinrechtlich nicht unstatthaft. Sie kann Seitens des Unternehmers oder des Kollekteurs erfolgen; in letzterem Falle geschieht sie auf des Kollekteurs eigene Gefahr, insofern er dem Unternehmer den vollen Einsatz der abgesetzten Loose gewähren muss.[5]) Die Kreditirung wird nicht vermuthet, der Spieler hat sie stets zu beweisen.[6])

---

teurs so weit, als sie innerhalb der Grenzen ihrer Vollmacht handeln, keineswegs aber für blosse Nachlässigkeiten u. Irrungen derselben." (bei Gruchot, p. 201 Not. 3).

[65]) Vorbehaltlich des oben Not. 43 erwähnten Falls. Vgl. Bender p. 44.

[66]) Koch, p. 786. — Ueber den planmässigen Ausschluss der Haftung des Unternehmers für unrichtige Registrirung der besetzten Nummern beim Zahlenlotto vgl. Bender, p. 118 ff. Not. 9, u. Holzschuher a. a. O.

[67]) Bender, p. 44, Bornemann, p. 231.

[68]) Lange, p. 174, 175. Bender, p. 123 ff., Fr. Endemann, p. 124. Ueber die Verpflichtung zur Lieferung der zugesicherten Anzahl Loose behufs Vertriebes vgl. oben Not. 6—10.

[1]) Ueber den Einsatz als Perfektionsmittel des Vertrages vgl. oben p. 53 bei Not. 5.

[2]) Gengler, Lehrb. p. 746. R.O.H.G. 12. Febr. 1873 (IX p. 58, 60, 62). Anders natürlich im Fall des kreditirten Einsatzes. Neubert, p. 50.

[3]) Sächs. Plan § 3, § 7 Abs. 2. Vgl. oben p. 64 Not. 17.

[4]) Fr. Endemann, p. 138. Preuss. Pl. § 3 a. E.

[5]) Wolff, Arch. p. 135, Neubert, p. 50, Bender, p. 81, Bornemann, p. 214, Fr. Endemann, p. 135.

[6]) Wolff, p. 136, Glück, p. 366, Bender, p. 78, Fr. Endemann, p. 136.

Die Einräumung des Kredits kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Das Letztere ist insbesondere auch dann anzunehmen, wenn ein Kollekteur ohne Zahlung für die bereits gezogene Klasse zu fordern, dem Theilnehmer die Renovationsloose, ohne den Preis für dieselben ausdrücklich zu verlangen, zusendet,[7]) oder wenn derselbe die an sich renovationsbedürftigen Loose bis zur letzten Ziehung aufzuheben verspricht.[8]) Auch die dem Indossament des Looses beigefügte Klausel „Werth in Rechnung" ist als Krediteröffnung für alle resp. für die im Indossament bezeichneten Klassen der Regel nach zu erachten.[9]) Die Kreditzusage bezieht sich im Zweifel nur auf die einzelne Klasse, deren Ziehung eben bevorsteht.[10]) Eine Erstreckung des Kredits ist anzunehmen, wenn bei Ueberschreitung des der Zeit oder der Summe nach begrenzten Kredits der Kollekteur auf das Prolongationsgesuch des Spielers schweigt.[11])

Die Klage auf den kreditirten Einsatz ist dem Unternehmer resp. Kollekteur gemeinrechtlich nicht zu versagen; die für die entgegengesetzte Meinung von den älteren Rechtslehrern angeführten Stellen[12]) über die Klaglosigkeit der Spielschuld sind für die Lotterie als einen Hoffnungskauf unmassgeblich. Manche Pläne und Partikularverordnungen haben jedoch die Kreditirung[13]) auf einen gewissen Betrag oder durch Festsetzung kurzer Verjährungsfristen beschränkt. Die Preussische Gesetzgebung hat dem Unternehmer und Kollekteur die gerichtliche Klage ganz entzogen.[14])

Die Einsatzforderung ist aber selbst dort, wo ihr die Klagbarkeit ganz oder theilweise entzogen worden, als natürliche Verbindlichkeit wirksam: insbesondere kann sie die Grundlage für ein nachträgliches Erfüllungsversprechen bilden[15]) und gegen den auf ein kreditirtes Loos gefallenen Gewinn kompensirt

---

7) Bender, p. 79, Wolff, p. 137, Gengler, Lehrb. p. 746. Vgl. noch Du Chesne, Z. f. R. u. V. XI p. 197 ff. u. R.O.H.G. IX p. 56 ff.

8) O.A.G. Dresden (Z. f. R. u. V. N. F. 38 p. 44). Andere Beispiele noch bei Bender u. Wolff.

9) Bender, p. 98 ff., Wolff, p. 151, Gengler a. a. O. Not. 43, Mittermaier, p. 92.

10) Schwarze, Z. f. R. u. V. III p. 88 (O.A.G. Dresden 1836), Wolff, p. 137 Not. 14 a. E.

11) Wolff a. a. O., Bender, p. 80.

12) l. ult. Cod. de aleat; Art. 211 der Fussknechtsbestallung v. 1570. So Struve, Berlich, Lauterbach, Stryk; vgl. dagegen Gründler, § 334b, Gruchot, p. 189, 190, Fr. Endemann, p. 137. Art. 775 des bayr. Entw. gewährt dem Unternehmen die Nachforderung des Loospreises.

13) Bender, p. 82 ff., Stobbe, p. 344 Not. 13 u. 14, Grefe, p. 398, Freytag, in der Hannov. Jurist. Ztg. III p. 147, Wolff, p. 135 Not. 6, Oesterr. Lotto-Patent v. 1813 § 5: „Kein Einsatz kann auf Kredit angenommen werden".

14) Bez. Preussens, dessen Gesetzgebung oft geschwankt, vgl. Koch, p. 785, Ger.Z. Nr.12, Gruchot, p. 189, Förster-Eccius, p. 135; antiquirt ist Bornemann, p. 213 ff., Letzterer bezieht das Verbot der Einklagung nur auf Privatlotterieen. Das Preuss. L.R. ist übrigens mit seiner Entziehung des Klagrechts nicht so ganz ohne Nachahmung geblieben, wie Fr. Endemann p. 137 bei Not. 1 meint, (vgl. z. B. Anhalt-Köthener Ed. v. 1822 § 2, Bender, p. 83 Not. 7).

15) Entsch. des Hannov. Konsistoriums v. 1824, sowie Brauns u. Eickemeyer,

werden. Die Kompensationseinrede ist jedoch dem dritten gutgläubigen Präsentanten eines Inhaberlooses gegenüber nur insoweit statthaft, „als die Einsatzreste auf dem Gewinnloose vermerkt stehen und sich auf das Letztere ausschliesslich beziehen".[16] Hiernach braucht allerdings der Debitor, um gegen jede Geltendmachung der Einsatzforderung geschützt zu sein, das Loos nur einem Dritten zu übertragen;[17] indes findet dieser Ausschluss der Einrede dem gutgläubigen Dritten gegenüber bei jedem Inhaberpapier statt; auch hat der Gläubiger, der den schriftlichen Kreditirungsvermerk unterlassen hat, diese Konsequenz sich selbst zuzuschreiben.[18]

Verzug des Theilnehmers bezüglich des Einsatzes berechtigt in vielen Fällen[19] den Unternehmer resp. den Kollekteur zum Rücktritt vom Vertrage resp. zur Renovationsweigerung. Der Rücktritt bezüglich der späteren Klassen hebt das Anrecht auf den kreditirten Einsatz der Vorklassen nicht auf, auch nicht für den Kollekteur. Es gilt dies selbst für den Fall, dass der Unternehmer oder Kollekteur das vom Spieler nicht renovirte Loos als sog. **Kaufloos**[20] zum vollen Preise anderweitig verkauft; denn wenngleich er hierbei den Einsatz der Vorklassen vom Käufer des Kaufklooses ganz oder theilweise mitvergütet erhalten hat, so ist doch das Verhältniss zwischen dem Unternehmer resp. Kollekteur und dem dritten Käufer für den ersten Theilnehmer eine res inter alios gesta, dem Letzteren daher der geschuldete Einsatz der Vorklassen nicht für erlassen zu erachten.[21] Einer Androhung des Rücktritts bedarf es nur in den Fällen, in denen der Lotterievertrag als Handelsgeschäft sich karakterisirt und nicht als Fixgeschäft abgeschlossen ist.[22]

(Hannov. Jurist. Ztg. III 2 p. 140, IV 2 p. 52 ff., V 2 p. 59 ff.; vgl. noch Vorwerk a. a. O. IV 1 p. 93, 94 u. IV 2 p. 186 ff. Entsagung der Einrede bei der Kreditirung selbst ist unstatthaft.

[16]) Ueber diese Streitfrage vgl. Bender, p. 81 u. 102, Neubert, p. 50, Koch, p. 780 (anders noch in der 1. Ed. p. 652), Wolff, p. 156 Not. 2, Stobbe, p. 344 Not. 14, Förster-Eccius, p. 135, Fr. Endemann, p. 137 Not. 3. — Preuss. Plan § 11 (vgl. aber auch § 558 A. L.R. I, 11 u. § 23 der Preuss. Anweisung), Braunschw. Plan 10 Abs. 3.

[17]) Stobbe a. a. O.

[18]) Fr. Endemann, p. 137, 138.

[19]) Z. B. bezüglich der späteren Klassen nach den Plänen von Braunschweig § 6 Abs. 2 und Hamburg § 3; auch nach den Plänen, die das Erlöschen des Anspruchs nur für den Fall der nicht rechtzeitigen Looserneuerung androhen (z. B. Sächs. § 5 Abs. 1 a. E., Mecklenburg. ad 5 c., Frankfurter StadtLott.), denn unter nicht rechtzeitiger Erneuerung ist auch die nicht rechtzeitige Berichtigung der Renovationsgelder zu verstehen (R.O.H.G. IX p. 56). Vgl. aber auch Grefe p. 399. — Ist der Lotterievertrag Handelsgeschäft, so folgt das Rücktrittsrecht bez. der Klassen, deren Loose noch nicht übergeben worden, aus Art. 354 H.G.B. (R.O.H.G. a. a. O.) — Der bayrische Entwurf Art. 775 gewährt dem Unternehmer generell das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Einsatzklage (Gruchot p. 190).

[20]) Oben p. 62.

[21]) Besonders Schwarze III p. 83. Vgl. auch Neubert p. 17, 45 u. 46. Mittermayer II p. 92, Holzschuher p. 772 f., A. M. bezüglich des Kollekteurs Haubold Not. 1., Gründler p. 162 u. die dort Citirten. — Vgl. auch R.O.H.G. IX p. 61.

[22]) R.O.H.G. IX p. 60. Ist der Lotterievertrag jedoch nicht Handelsgeschäft, so ist Mahnung nicht erforderlich; vielmehr ist das vertragsmässige Rücktrittsrecht des Unternehmers resp. Kollekteurs begründet, sobald die fällige Leistung nicht gemacht worden. Windscheid § 323 Not. 8.

Der Besitz des Looses beweist die Einsatzzahlung an und für sich noch nicht,[23]) da Originalloose oft genug Spiellustigen ohne vorgängige Berichtigung des Einsatzes zugesandt werden.

2. Nach vielen Plänen hat der Theilnehmer neben dem eigentlichen Einsatz noch Zuschläge unter verschiedenen Bezeichnungen (Schreibgeld, Schreibgebühren, Kollekturgebühren, Aufgeld) für das Loos zu entrichten.[24]) Fehlt es an der planmässigen Festsetzung oder vertragsmässigen Verabredung, so ist der Spieler zur Entrichtung solcher Zuschläge nicht für verpflichtet zu erachten. Dagegen hat er dem Kollekteur, falls derselbe von ihm zur Gewinnerhebung beauftragt war, neben Erstattung der Auslagen die übliche Inkassoprovision, bei früherer als der planmässigen Zahlung auch das Interusurium zu gewähren.[25])

3. Zur Entrichtung der Reichsstempelabgabe ist der Theilnehmer bei den Staatslotterien gesetzlich, bei anderen Lotterien nur bei planmässiger oder vertragsmässiger Bestimmung verpflichtet.[26])

4. Der **Gewinner** ist nach vielen Plänen[27]) verpflichtet, an den Unternehmer und an seinen Kollekteur oder Unterkollekteur[28]) erhebliche Provisionen zu zahlen, resp. sich dieselben vom Gewinne abziehen zu lassen. Auch ohne planmässige Bestimmung ist er mitunter nach dem örtlichen **Herkommen** zu Gratifikationen an seinen Kollekteur (sog. **Douceurgelder**) für verpflichtet erachtet worden.[29]) Es dürfte indes ein allgemeines Klagrecht auf Douceurgelder nicht anzuerkennen sein. Andererseits aber muss die Zurückforderung solcher Gratifikationen durch den Geber als ausgeschlossen gelten,[30]) selbst da, wo die Ausbedingung, Abforderung oder Annahme anderer, als der planmässigen Gebühren den Kollekteuren und Subkollekteuren vom Unternehmer verboten ist.[31])

Auf planwidrige Geschenke des Gewinners an den Kollekteur hat der Unternehmer keinerlei Anspruch; ebensowenig der Kollekteur auf Zuwendungen, die der Gewinner aus blosser Liberalität ohne Rechtsgrund seinem Unterkollekteur gemacht hat.[32])

---

23) Wolff p. 135 Not. 5 und die dort Citirten; vgl. auch oben § 292.

24) Preuss. Pl. § 2, Sächs. § 3, Mecklenb. § 2, Braunschweig. § 4, Hamb. § 2. Vgl. auch Bender p. 123. Fr. Endemann p. 124, Wolff p. 155.

25) Wolff, Arch. p. 155, 156.

26) Nach § 12 R.Ges. vom 1. Juli 1881 ist der Veranstalter von Lotterien und Ausspielungen verpflichtet, die Stempelabgabe für die gesammte planmässige Anzahl der Loose im voraus zu entrichten; für die Staatslotterie ist durch § 18 diese Bestimmung aufgehoben und die Lotterieverwaltung angewiesen, die Stempelsteuer für die Loose einzuziehen. — Ueber die Stempelsteuer vgl. Fr. Endemann p. 77 Not. 3.

27) Preuss. Pl. § 11, Sächs. § 6, Mecklenb. § 8, Braunschweig. § 8, Hamb. § 4. Vgl. auch Bender p. 123, Fr. Endemann p. 78, 113, 114.

28) Braunschweig § 8 „einschliesslich des Antheils der etwaigen Subkollekteure“.

29) Vgl. die Entscheidung bei Bender p. 134 Not. 6, sowie auch Endemann, H.R. p. 594 „gegen die übliche Provision“; Fr. Endemann p. 125 ff.

30) Bornemann p. 231, Bender p. 134.

31) Wie in Braunschweig und Hannover. Vgl. Steinacker p. 315.

32) Struben, rechtliche Bedenken IV Nr. 173, Bender p. 133 Not. 4, aber auch p. 134 Not. 6 Z. 13 u. 14, Holzschuher p. 708, Danz II p. 314, Wolff p. 156.

5. Die Sorge für die Renovation kann nicht als **Pflicht** des Theilnehmers bezeichnet werden;[33]) die Renovation ist die Bedingung, von der der Abschluss des Lotterievertrages für die späteren Klassen abhängt und steht im Belieben des Theilnehmers.

6. Durch Weiterveräusserung übernimmt der Theilnehmer die Haftung für die Echtheit und Gewinnfähigkeit des verkauften Looses; seine Verpflichtungen sind insoweit denen des Unternehmers oder Kollekteurs analog.[34]) Für die Auszahlung des etwa auf das Loos fallenden Gewinnes haftet er an und für sich nicht.

§ 298.

Die Pflichten des Kollekteurs.[1])

I. Dem Unternehmer gegenüber ist der Kollekteur hauptsächlich verpflichtet,

1. sich um den Absatz der nicht fest übernommenen Loose zur Taxe zu bemühen,[2])

2. die hiervon nicht abgesetzten Loose rechtzeitig einzusenden oder deren Preis zu bezahlen,[3])

3. die für Rechnung des Unternehmers empfangenen Einsätze, soweit sie nicht zur instruktionsmässigen Auszahlung gelangen, unter Rechnungslegung einzusenden (sog. Ueberschussgelder),[4])

4. die ihm aufgetragenen Zahlungen zu leisten,

5. für die vertrags- oder instruktionsmässige Thätigkeit der von ihm angenommenen Unterkollekteure und Gehilfen zu haften.[5])

Im einzelnen entscheidet der Anstellungsvertrag resp. die vom Unternehmer dem Kollekteur ertheilte Geschäftsanweisung. Durch dieselben ist den Einnehmern häufig noch eine Reihe weiterer Handlungen und Unterlassungen auf-

[33]) A. M. Gengler, Lehrbuch p. 747. Vgl. auch oben p. 64.

[34]) Gruchot p. 191, Fr. Endemann p. 133 Not. 1, vgl. oben p. 56 Not. 29 u. p. 69 Not. 31.

[1]) Die Pflichten der Subkollekteure sind im allgemeinen denen der Hauptkollekteure analog, nur dass an Stelle des Unternehmers ihnen gegenüber der Hauptkollekteur erscheint. Vgl. über sie oben p. 61 a. E., Fr. Endemann p. 131, die dort Citirten, sowie Wolff p. 151, 152.

[2]) Gengler, Lehrbuch p. 749, Fr. Endemann p. 130. Diese Verpflichtung hat der Kollekteur auch bei Uebernahme der Loose mittelst Trödelvertrags. Vgl. Windscheid § 383 Not. 11 u. oben p. 60 Not. 12.

[3]) Bender p. 119, Fr. Endemann p. 123.

[4]) Bender p. 121 ff., Gengler a. a. O., Fr. Endemann p. 124.

[5]) Vgl. unten Not. 10. Es ist wohl nur Inkorrektheit des Ausdrucks, wenn das O.A.G. Jena (Seuffert IV p. 389) behauptet, die dem Plane beigefügte „Nachricht", nach welcher jeder Kollekteur für seine Subkollekteurs und alle diejenigen hafte, denen er Loose zum Debit anvertraut, beziehe sich nicht sowohl auf das Verhältniss des Kollekteurs zur Direktion, als auf das zu den Spielern. Es bezieht sich vielmehr auf das Verhältniss des Kollekteurs sowohl der Direktion, als den Spielern gegenüber.

erlegt, meist Kautionsbestellung, besondere Art der Buchführung, Ablieferung resp. Kassirung der Trefferloose, sowie Unterlassung des Indossaments, der Kreditgewährung, der Anreizung zu Lotterieverträgen, der Annahme von Douceurgeldern u. s. w.[6])

II. Dem Spieler gegenüber hat der Kollekteur besonders die Pflicht,

1. echte und gewinnfähige Loose zu übergeben;[7])

2. den Plan, die Geschäftsanweisung und die Gewinnlisten auf Erfordern auszuhändigen, resp. zur Einsicht vorzuzeigen;[8])

3. von dem auf das Loos gefallenen Gewinn (bei Verlust der Berufung auf die planmässige Verjährung) rechtzeitige Mittheilung zu machen;[9])

4. für die vertragsmässige oder der publizirten Instruktion gemässe Thätigkeit ihrer Unterkollekteure und Gehilfen einzustehen.[10]) Auch wenn der Kollekteur nicht Kaufmann ist, gelten diejenigen Personen, die in seinem Geschäftslokale zur Besorgung der im Kollekturbetriebe vorkommenden Angelegenheiten angestellt sind, für ermächtigt, daselbst für den Kollekteur rechtsverbindliche Verträge abzuschliessen, sofern letztere nur nicht ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftskreises liegen.[11])

5. Zur Auszahlung der auf die Loose der Kollekte gefallenen Gewinne ist der Kollekteur an und für sich **nicht** verpflichtet.[12]) Ein „allgemeines Gewohnheitsrecht", das den Spieler berechtigte, sich sowohl an den Unternehmer, als an den Kollekteur zu wenden, lässt sich nicht anerkennen.[13]) Dagegen besteht allerdings die Auszahlungspflicht des Kollekteurs (neben oder gar vor derjenigen des Unternehmers) nach einer grossen Reihe von Plänen.[14]) Sie reicht aber auch in diesen Fällen der Regel nach nur soweit, als der Kollekteur vom Unternehmer resp. der Untereinnehmer vom Hauptkollekteur Gelder zur Auszahlung **empfangen** hat. Insoweit haftet aber allerdings der Kollekteur, sei er Haupt-

---

[6]) Fr. Endemann p. 124—128 u. 134.

[7]) Vgl. oben p. 56 u. p. 70, 71.

[8]) Preuss. Pl. §§ 9 u. 15, Sächs. §§ 4 u. 11, Braunschweig. § 5 Abs. 2 u. § 14.

[9]) Bender p. 103, Wolff p. 154. — Bis zu dieser Auskunft hat der Spieler an dem kreditirten Einsatze ein Retentionsrecht. Thöl, Entscheidungsgründe p. 115.

[10]) Bender p. 129 ff., O.A.G. Celle 14. Nov. 1826. (Hannov. Jurist.Ztg. II, 2 p. 11). Zu weit geht Fr. Endemann p. 131: „Der Hauptkollekteur muss für alle und jede Handlungen seiner Unterkollekteure so einstehen, als ob er sie selbst vorgenommen." Vgl. die von Endemann Not. 5 Citirten, sowie Hagemann V p. 132, Gengler, Lehrbuch p. 749, Mittermaier p. 92, Seuffert, Archiv IV Nr. 245.

[11]) O.A.G. Dresden 6. Juni 1872 (Seuffert, Arch. XXX Nr. 142, Z. f. H.R. XXI p. 552).

[12]) A. M. Holzschuher p. 771, Mittermaier p. 91 und Glück p. 366. Vgl. aber Kuntze Not. zu Holzschuher a. a. O., Lange p. 184 ff., Koch p. 786, Dernburg p. 408, Busch's Arch. XIII p. 77.

[13]) A. M. Wolff p. 151.

[14]) Preussen § 10, Sachsen § 7, Mecklenburg § 9, Braunschweig § 9 (vgl. hierzu Entsch. d. O.A.G. Lübeck in Bremer Sachen V p. 479), Hamburg §§ 4 u. 7 (dort ist sogar nur von der Auszahlung durch den Kollekteur die Rede). Vgl. auch Bender p. 57, Fr. Endemann p. 112 u. oben p. 74.

oder Unterkollekteur, auch ex propriis, denn die Verabfolgung und Uebernahme der Gewinnste stellt ein nach Analogie der Verträge zu Gunsten Dritter zu beurtheilendes Rechtsgeschäft dar, dessen Wirksamkeit durch die Unbestimmtheit der Person des Gewinners zur Zeit des Abschlusses nicht ausgeschlossen ist.[15]) Diese persönliche Verbindlichkeit des Kollekteurs zessirt zwar durch den vor Präsentation des Looses bei ihm eingetroffenen Widerruf[16]) des Unternehmers resp. Hauptkollekteurs; sie ist aber nicht davon abhängig, dass der Kollekteur die Mittel des Unternehmers noch in Händen hat. Der Kollekteur bleibt sonach dem rechten Gewinner persönlich verhaftet, mag er auch die empfangenen Gelder irrthümlich an Andere gezahlt oder verloren haben. Selbstverständlich wird durch diese persönliche Haftung des Haupt- resp. Subkollekteurs die Verpflichtung des Unternehmers resp. Hauptkollekteurs, jenen dem Spieler gegenüber zu vertreten, nicht berührt;[17]) der Gewinner hat also, falls die dem Kollekteur verabfolgten Gewinngelder demselben abhanden gekommen sind, die Klage gegen den Kollekteur und eventuell gegen den Unternehmer. Der Haupt- oder Subkollekteur, der die Gewinngelder zur Auszahlung empfangen, kann sich, da er dem Gewinner in Höhe derselben persönlich haftet, der Regel nach[18]) auf die kurzen Verjährungs- oder Präklusivfristen **nicht** berufen, da dieselben nur zu Gunsten des Unternehmers aufgestellt zu sein pflegen.[19])

Ausnahmsweise kann der Kollekteur auch **ohne** Empfang der Gewinngelder für die Gewinnauszahlung haften. Eine solche Haftung muss aber entweder ausdrücklich im Plan ausgesprochen oder durch Separatverträge übernommen, oder sie muss durch besondere schuldhafte Handlungen des Kollekteurs verursacht sein.[20])

Die Pflicht zur Zahlung gewisser niedrigster Gewinne ist dem Kollekteur oft durch Separatvertrag mit dem Spieler erlassen (sog. **Spiel gegen Verzichtleistung**).[21])

---

[15]) O.A.G. Dresden 17. Oktbr. 1861 in Z. f. R. u. V. N. F. XXII p. 341. A. M. Schmidt p. 474. Vgl. auch Gengler, P.R. p. 434. — Lange p. 178 u. Bender p. 59 nehmen nur Anweisung, nicht Vertrag zu Gunsten Dritter an. — Zu Gunsten einer persona incerta kann kontrahirt werden, vgl. Sohm, Z. f. H.R. XVII p. 77 u. Stobbe III. p. 118.

[16]) Das O.A.G. Dresden hat die Widerruflichkeit des pactum in favorem des Gewinners ausdrücklich vorbehalten; irrig daher Schmidt a. a. O.

[17]) O.A.G. Dresden a. a. O.

[18]) Ausnahmen bei Wolff p. 152 ff.

[19]) Sammlung der Entsch. d. O.A.G. Lübeck in Bremer Civilrechtssachen V p. 479. Vgl. auch O.A.G. Dresden a. a. O. p. 342 ff., Seuffert XI Nr. 176 (Lübeck 1833 in Frankfurter Sachen) u. oben p. 74 Not. 37.

[20]) Z. B. durch Unterschlagung des zur Gewinneinkassirung empfangenen Looses (oben p. 75 Not. 43) oder durch Ausgabe eines falschen oder nicht in die Spiellisten eingetragenen Looses, auf das ein Gewinn gefallen (Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung II p. 353 bei Mittermaier II p. 91 Not. 21, Lange p. 185). Vgl. auch Preuss. A. L.R. I, 11 §§ 565—567 u. Koch p. 786.

[21]) Bender p. 93, Weiske, Rechtslex. p. 764.

Die erfolgte Gewinnauszahlung wird durch den blossen Besitz des Trefferlooses Seitens des Kollekteurs keineswegs erwiesen.[22])

Ist der Kollekteur Kaufmann und liegt ihm die Gewinnauszahlung ob, so ist er zur Zahlung von 6 % Verzugszinsen verpflichtet, gleichviel ob auch auf Seite des Theilnehmers ein Handelsgeschäft vorliegt, und ob auch dieser Kaufmann ist oder nicht.[23])

6. Nach manchen Plänen resp. Verordnungen hat der Kollekteur die Pflicht, für seine Kundleute auch **ohne** Separatvertrag und ohne Erbieten derselben die Renovation der Loose zu beschaffen.[24])

7. Endlich ist der Kollekteur zur Erfüllung der mit einzelnen Theilnehmern ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen Separatverträge selbst dann verpflichtet, wenn Plan und Instruktion ihm den Abschluss derselben verbieten. Hierzu gehören insbesondere planwidrige Verträge über Renovation, der Indossamentsvertrag, die Uebernahme des Gewinnst-Inkassos, die Kreditgewährung, die Aufbewahrung der Loose, die Versicherung gegen die Nietenziehung u. a. m.[25])

---

[22]) Mittermaier Not. 24, Holzschuher p. 772 ad 6, Wolff p. 157 u. die dort Not. 60 Citirten.

[23]) R.O.H.G. XXIII p. 214.

[24]) Bender p. 84 Not. 2. Oben p. 65.

[25]) Preuss. Pl. §§ 5 u. 10, Sächs. § 5 a. E., Mecklenb. § 6, Braunschweig. § 6 a. E., oben p. 45, 65, 78 u. 84 Not. 20, Bender p. 93 Not. (Looseversicherung) u. p. 89 ff.

VI. Die Theilnahme an verbotenen Lotterieen.

§ 299.

1. Der Lotterievertrag ist **an sich** erlaubt[1]) und klagbar. Es wird dies sogar von einer Reihe derjenigen Schriftsteller anerkannt, welche die Lotterie als Spiel auffassen, die römischen Spielverbote aber entweder überhaupt nicht für rezipirt oder doch bezüglich des den Römern unbekannt gewesenen Lotteriespiels für unanwendbar erklären.[2]) Jedenfalls folgt die Gültigkeit und Klagbarkeit aus dem Karakter des Lotterievertrages als eines Hoffnungskaufes; wird doch sogar behauptet, dass man die Konstruktion des Hoffnungskaufes nur gewählt habe, um den Vertrag als klagbar erscheinen zu lassen.[3])

Die Klagbarkeit ist mithin nicht eine Folge staatlicher Autorisation,[4]) sondern „versteht sich vielmehr umgekehrt von selbst, ausser wo die Gesetzgebung Beschränkungen eingeführt hat." **(Stobbe.)**

2. Reichsgesetzlich ist, von Lotterieanlehen abgesehen, nur die **Veranstaltung öffentlicher** Lotterieen resp. Ausspielungen ohne obrigkeitliche Erlaubniss mit Strafe bedroht (§ 286 R.Str.G.B.). Das Reichsrecht schweigt sowohl bezüglich der Strafbarkeit der Veranstaltung von Privatlotterieen, als auch betreffs der Strafbarkeit des Kollektirens für und des Einsetzens in nicht autorisirte Lotterieen. „Dieses Schweigen bedeutet aber nicht stillschweigende Anordnung der Straf-

[1]) Ueber Beschränkungen in subjektiver Hinsicht (bez. Handlungsunfähiger und in vereinzelten Fällen auch der Kollekteure) vgl. Bender p. 29 Not. 1, Preuss. G.Z. Nr. 12, Steinacker a. a. O.

[2]) So schon Sotus, Azorius, Del Rio, Scaccia, Pufendorf (haec omnia ad abusum pertinent), Lynker, Solf (sämmtlich bei Fr. Endemann p. 42 ff., 53 ff., 59 ff.), sowie neuerdings Letzterer selbst p. 63 ff. Andere eximiren nur die fiskalischen und die staatlich autorisirten Lotterieen vom römischen Spielverbot; vgl. eine Reihe älterer Autoren bei Fr. Endemann p. 54, sowie Böhmer, Rechtsfälle II, 1 p. 39, Overbeck, Meditat. X, 543 p. 366, Arnold, p. 436 und unten Not. 4.

[3]) So Beseler p. 470 Not. 9, Stobbe p. 342.

[4]) Wie u. A. Elvers, Wolff, Hillebrand p. 397, Mittermaier p. 90, Gengler, P.R. p. 438, Gerber § 193 annehmen. Vgl. auch Deutsch. Ges.Entw. über Schuldverhältnisse Art. 864, Züricher B.G.B. § 1775, Schweizer Obl.R. Art. 515 u. 516.

losigkeit für die nicht erwähnten Fälle, sondern nur Nichtbehandlung derselben, mithin fortdauernde Geltung etwaiger landesrechtlicher Strafdrohungen." [5])

3. Die **landesrechtlichen** Strafdrohungen gehen nicht überall gleich weit. Bald bedrohen sie, wie in Württemberg und im Königreich Sachsen, nur das Kollektiren,[6]) bald, wie in Preussen, auch jedes Einsetzen in nicht autorisirte Lotterieen. Der Autorisation bedürfen mitunter sämmtliche [7]) Lotterieen, also auch die Privatlotterieen, mitunter nur die öffentlichen. Zuweilen bezieht sich die Strafdrohung nur auf inländische, meist und vornehmlich aber auch auf ausländische Lotterieen. Als ausländische Lotterieen gelten der Regel nach [8]) in den einzelnen deutschen Ländern auch noch immer die Lotterieen anderer deutscher Bundesstaaten. Auch bezüglich der Strafe und Konfiskation [9]) gehen die Partikularrechte auseinander.

4. Eine ausdrückliche Festsetzung der **Nichtigkeit** des mit Strafe bedrohten Lotterievertrages findet sich nur sehr vereinzelt, wie in Braunschweig.[10]) Ob **ohne** solche ausdrückliche Erklärung Seitens des Gesetzgebers die Nichtigkeit des strafbaren Vertrages angenommen werden dürfe, ist in hohem Grade und nicht nur für den Lotterievertrag allein, sondern auch im allgemeinen kontrovers.

Zu Gunsten der Gültigkeit des nur verpönten Rechtsgeschäfts haben sich **Grotius, Vinnius, Joh. Voet, Hofacker, Glück, Holzschuher, Stobbe** und **Fr. Endemann** erklärt,[11]) für die Nichtigkeit dagegen insbesondere **Weber** und

---

[5]) v. Liszt p. 681, 682. Vgl. auch Fr. Endemann p. 88, 89. R.G. in Strafsachen I p. 219, 274.

[6]) Schmidt p. 475, Stobbe p. 343 Not. 5, Fr. Endemann p. 87 Not. 1. Auch hierbei kann das Verbot wieder verschiedenen Umfang haben; es kann sich nur auf Loosabsatz an Inländer oder auf jeden Loosabsatz im Inland beziehen. Bender p. 117 Not. 8. Vgl. auch noch v. Bar, Das internationale Privatr. p. 248.

[7]) Fr. Endemann p. 85 u. 86 Not. 2 (Bayern).

[8]) Ueber Ausnahmen vgl. Bender, p. 30 Not. 3, Wolff, P.R. p. 361 Not. 114 u. Fr. Endemann p. 88. — Ueber die Frage, inwieweit bei erlaubten ausländischen Lotterieen auf die inländischen Kollekteure die bez. der Landeslotterie diesen gesetzlich auferlegten Pflichten und Beschränkungen Anwendung finden, vgl. Freytag a. a. O. p. 146.

[9]) Bender p. 32, Arnold p. 436, 437 Not. 12, 439 ff. — Vgl. auch die (nicht unbedenkliche) Entsch. des O.A.G. Lübeck v. 28. Dezbr. 1850 (Seuffert, Arch. XI Nr. 155), durch welche die bei einem wegen verbotenen Kollektirens Verurtheilten vorgefundenen Gelder, die an die Theilnehmer auszuzahlen gewesen wären, als turpe lucrum konfiszirt wurden, bei Gruchot p. 195.

[10]) Fr. Endemann p. 87.

[11]) Grotius, de jure belli ac pacis II c. 5 n. 16 u. Inleiding tot de hollandsche Rechtsgeleerdheid, I 2 § 2 a. E. (1767 p. 10). Vinnius, selectarum juris quaestionum libri duo, 1720, I, p. 1—16. Joh. Voet, comment. ad Pand. 1735 I, 3 § 16 p. 14, 15. Hofacker, princip. jur. civ. I § 210 p. 165. Glück XVI § 975 p. 51 (ohne weitere Begründung). Holzschuher p. 327 u. 775. Stobbe p. 343. Fr. Endemann p. 120 ff. — Als Anhänger derselben Ansicht werden auch Pütter, theor. de null. §§ 17, 20 und Meier de null. 1777 genannt. Für das Preussische Lotterierecht bejaht Dernburg p. 408 die Frage und zwar, weil in der preuss. Dekl. v. 1829 nur der Anspruch auf Bezahlung von kreditirten Einsatzgeldern für schlechthin unzulässig erklärt sei. Vgl. jetzt auch 3. Aufl. II Nachträge p. 993.

Savigny, sowie **Mühlenbruch**, **Puchta**, **Göschen**, **Vangerow**, **Lange**, **Bender**, **Mittermaier**, **Maurenbrecher**, **Souchey**, **Hillebrand** und **Gengler**.[12])

Die Vertheidiger der Gültigkeit weisen darauf hin, dass die Nachtheile einer Ungültigkeitserklärung oft grösser seien, als die aus der verbotenen Handlung hervorgehenden Uebelstände, berufen sich auf die Unstatthaftigkeit extensiver Auslegung von Strafgesetzen [13]) und verweisen insbesondere auf die zahlreichen Fälle der in den Digesten enthaltenen leges minus quam perfectae.[14]) Die Gegner halten die Frage de lege lata durch das ganz allgemeine Interpretationsgesetz der Kaiser Theodos und Valentinian [15]) für unzweideutig entschieden; seit jenem Gesetze gebe es nur noch insoweit leges minus quam perfectae, als der Gesetzgeber die Gültigkeit des mit Strafe bedrohten Geschäfts ausdrücklich ausgesprochen habe; jedes andere Gesetz sei eine lex perfecta; eine in Vorschlag gebrachte [16]) Scheidung aber nach dem Motiv des Gesetzgebers, ob er rein finanzielle oder andere Zwecke mit seinem Strafverbot verfolge, sei quellenmässig in keiner Weise begründet; die Strafe würde auch sonst nur „ein Mittel werden, sich die zur Gültigkeit des Geschäfts erforderliche Befugniss eigenmächtig beizulegen“.

Jenem Kaisergesetz bestreiten aber hinwiederum **Grotius** [17]) und **Voet** die volle Rezeption. **Voet** insbesondere vermeint, er könne es „**communis praxios**

---

[12]) Weber, syst. Entw. der Lehre v. d. nátürl. Verbindlichkeit § 74 I p. 297—309, Savigny, System IV p. 203. — Mühlenbruch, doctr. pand. I § 113. Puchta, Pand. § 67 Not. b, Göschen § 18. Vangerow § 21, Lange p. 31, Bender p. 32 Not. 5, Mittermaier p. 90 Not. 5, Maurenbrecher § 378 Not. u., Souchey, Anm. z. Reform. der Stadt Frankfurt p. 46, Hillebrand p. 397, Gengler, Lehrb. p. 742 Not. 37. Vgl. auch Arnold p. 435, 436 Not. 10, Preuss. G.Ztg. Nr. 12. Unbestimmt Gareis p. 679: „Das Verbot beeinträchtigt die privatrechtliche Wirksamkeit der Lotteriegeschäfte mindestens insofern, als eine Zwangsvollstreckung niemals zur Vornahme einer öffentlichrechtlich verbotenen Handlung führen kann.“ — Nach Förster-Eccius p. 134 Not. 114 sind Klagen auf Einsatzgelder in verbotenen Lotterieen schlechthin ausgeschlossen.

[13]) Voet argumentirt mit l. 41 D. 48, 19; aber Nichtigkeit des Geschäfts ist keine Strafe im eigentlichen Sinne; überdies haben die Kaiser Theodos und Valentinian die Cumulation von Nichtigkeit und Strafe gerade gewollt.

[14]) Besonders auf die L. Cincia u. L. Furia, auf das S. C. Maced. u. Vellej., die Heirath im Trauerjahr, auf das inofficiose Testament u. a. m. — Auch die Definition der leges m. qu. p. in Ulpians Fragmenten wird citirt.

[15]) c. 5 C. I, 14 de leg. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis voluntate colligere, hoc est ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. Vgl. auch c. 6 C. II, 3 u. l. 7 § 16 D. II, 14.

[16]) Holzschuher p. 327 u. 775, Fr. Endemann a. a. O. Vgl. dagegen auch v. Barp p. 246.

[17]) Im j. belli ac pacis nur bezüglich der Nichtigkeit der verbotswidrig geschlossenen Ehe, weil der neuen Verordnung andere Völker nicht zu folgen brauchen; in der Inleiding generell mit den im Text angegebenen drei Ausnahmen.

fundamento niti", dass gesetzwidrige Handlungen **nur** dann nichtig seien, wenn das Gesetz es **nominatim** ausgesprochen, oder wenn dasselbe dem Handelnden die Handlungsfähigkeit abgesprochen, oder wenn endlich die Handlung an „manifesta ac permanente **turpitudine**"[18]) leide.

Voet führt indes keine Entscheidungen an, die jene communis praxis beweisen. Wollte man aber auch seiner unbewiesenen Behauptung Glauben schenken, so ist doch andererseits zu konstatiren, dass in diesem Jahrhundert sich die Judikatur für die Nichtigkeit aller verbotenen Geschäfte, insbesondere der Lotterieverträge fast einstimmig ausgesprochen hat;[19]) hierfür hat sich auch am 12. Juli 1881 das Reichsgericht erklärt.[20])

5. Wo, wie in Oesterreich, die Loose verbotener Lotterieen ausdrücklich für res extra commercium erklärt sind,[21]) sind alle Verträge bezüglich dieser Loose schon um der Extrakommerzialqualität willen nichtig.[22])

6. Betrifft das Verbot eine im Ausland **erlaubte ausländische** Lotterieunternehmung, so ist der Lotterievertrag **im Ausland** gültig, mag er selbst im Inlande unter Inländern geschlossen sein; denn es ist anzunehmen, dass die Kontrahenten keinen nichtigen Vertrag schliessen,[23]) vielmehr ihre Vertragsobligation dem Rechte des Erfüllungsortes unterwerfen wollten. Es wird daher vor dem **ausländischen** Richter der Einwand, dass der Vertrag nach dem Gesetze des Vertragsabschlusses oder des Domizils des Einsetzers nichtig sei, nicht zuzulassen sein.[24]) Dagegen darf der **inländische** Richter keine Klage aus einem durch

---

[18]) Ob das Spiel in verbotenen Lotterieen als turpitudo anzusehen, ist auch bestritten. Dagegen: Das R.G. V p. 127 (bez. fremder Staatslotterie), Souchay p. 47, O.A.G. München 2. April 1849 (in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung XV p. 43). — Dafür O.A.G. Lübeck 1840 (Seuffert II Nr. 162 p. 205): „Wer gar einen ungesetzlichen Vertrag wissentlich schliesst, handelt im Rechtssinn schlecht, turpiter" u. 1850 (oben Not. 9). — Arnold p. 449 will unterscheiden, je nachdem der Gesetzgeber Konfiskation angedroht hat oder nicht.

[19]) Vgl. die Erk. zweier nicht genannten Gerichte bei Overbeck a. a. O., die Leipziger Erk. vom Jahre 1828 bei Bender p. 32 Not. 8, O.H.G. Mannheim 1829 (Hohnhorst, VII p. 53), O.A.G. Lübeck 1840 (Seuffert II Nr. 162) und 1847 (Souchay p. 46). J. Fakultät Marburg 1843 (ebendas.). J. Fakultät Rostock 1846 p. 46. J. Fakultät Wien 1853 (bei Römer I p. 426), O.A.G. Dresden 1858 (Z. f. R. u. V. N. F. XVII p. 474). Braunschweig u. Wolfenbüttel 1860 (Z. f. Rechtspfl. in Braunschweig 1862 VII p. 109). Für die Nichtigkeit des Lotterievertrages auch O.Trib. Berlin 1877 (Seuffert XXXIII Nr. 24) u. O.A.G. München 1849 (Seuffert, Blätter f. Rechtsanwendung XV p. 41). — Entgegengesetzter Ansicht das Stadtamt Frankfurt 1847 (bei Souchay a. a. O.).

[20]) R.G. V Nr. 33 p. 124. Das R.G. basirt seine Entscheidung nicht auf die Konstitution von Theodos u. Valentinian, sondern auf die ältere Bestimmung des Kaisers Antoninus c. 6 C. II, 3 „Pacta, quae contra leges constitutionesque fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est."

[21]) Lotto-Patent v. 1813 u. Hofdekret v. 1826. Vgl. Unger, I p. 366 Not. 16, Kirchstetter p. 147 Not. 9, jetzt auch Schiffner, § 67 bei Not. 5.

[22]) Treitschke p. 23, Glück XVI § 975 p. 44. Oesterr. B.G.B. § 878 ff. Vgl. auch O.H.G. Mannheim 1829 (Hohnhorst VII p. 53).

[23]) O.A.G. Lübeck in Römers Sammlung II p. 158 (1856).

[24]) Preuss. Ger.Ztg. Nr. 9, R.O.H.G. 1. Oktbr. 1874 (XIV p. 221), R.G. V p. 130

die lex fori verbotenen Vertrage zulassen, mag auch dieser Vertrag im Ausland zu erfüllen und am Erfüllungsorte resp. am Orte des Vertragsschlusses gültig sein;[25]) denn das Verbotsgesetz des eigenen Staates hat für den inländischen Richter **zwingenden** Karakter.[26]) — Ist der Lotterievertrag am **Erfüllungsorte verboten**, so hat nicht nur der Richter jenes Erfüllungsortes, sondern auch jeder Richter anderer Länder den Vertrag als nichtig zu behandeln.[27])

7. Insoweit ein Anspruch aus einem reprobirten Lotterievertrage durch Klage nicht geltend gemacht werden kann, insoweit muss auch die Geltendmachung mittelst **Einrede** für ausgeschlossen gelten.[28]) Gleichwohl ist der Einwand der **Kompensation** aus einem im Inland verbotenen, im Auslande gültigen Lotterievertrage von **Bender** und jüngst auch vom Reichsgericht für statthaft erklärt worden, weil derselbe materiell nach dem Rechte des Kompensirenden zu beurtheilen sei,[29]) resp. weil die Kompensation gemeinrechtlich ipso jure eintrete.[30])

8. Ist über die dem nichtigen Lotterievertrag entsprungene Forderung ein Anerkenntniss oder Zahlungsversprechen geleistet worden, so unterliegt dasselbe der Anfechtung. Selbst dem auf Grund eines **Wechsels** erhobenen Anspruche gegenüber wird unter den unmittelbaren Kontrahenten der Einwand statthaft sein, dass der Wechsel zur Deckung von Schulden aus unerlaubten Lotterieverträgen gegeben sei.[31])

9. Eine **Zurückforderung** der gezahlten Einsätze oder Gewinne verbotener Lotterieen ist ausgeschlossen, da Niemand seine eigenen Handlungen, um sich einen Vortheil zu verschaffen, als widerrechtlich anfechten kann.[32]) Wo der Staat sich das Konfiskationsrecht vorbehalten hat, steht der Kondiktion schon dieses Recht des Fiskus entgegen.

Das Schweizerische Obligationenrecht schliesst bei nicht autorisirten Lotterieen

---

„wenn auch aus dem Verbot nicht folgt, dass der Spieler einen Anspruch auf den vom Kollekteur erhobenen, auf sein Loos gefallenen Gewinn nicht habe“, Römer a. a. O., Fr. Endemann p. 120, 121, v. Bar p. 429.

[25]) Overbeck X p. 365, Arnold p. 437, O.A.G. Dresden 1858 (Z. f. R. u. V. XVII p. 473)., R.G. V p. 129. — Die Gerichte von New-York u. Massachusetts haben die Legalität at the place of sale als maassgebend erachtet. Vgl. Wharton, a treatise on the conflict of laws, 1872 § 487.

[26]) Savigny VIII p. 276, Stobbe 2. E. p. 207 u. 230 Not. 6, Asser-Cohn p. 43, 44. v. Bar p. 449; vgl. hierzu oben Not. 18.

[27]) v. Bar p. 246 ff.

[28]) Rechtssprüche u. Gutachten der Juristen-Fakultät zu Rostock p. 46.

[29]) R.G. V p. 130. Vgl. aber Story § 575 bei v. Bar p. 276 u. oben Not. 28.

[30]) Bender p. 32. Vgl. dagegen Brinz, Bekker, Eisele, Lenel (bei Windscheid § 349 Not. 10).

[31]) R.G. V p. 125 ff., Rostocker Rechtssprüche p. 48. O.H.G. Mannheim bei Hohnhorst VII p. 53. Vgl. auch die Ausführungen von Vorwerk, Eickemeyer u. Brauns über eine ziemlich verwandte Frage in der Jur. Z. f. Hannover a. a. O.

[32]) l. 134 § 1 D. L, 17; l. 3 u. 4 D. XII, 5; l. 25 pr. D. I, 7. Vgl. Lange p. 31. Dagegen hält das O.H.G. Mannheim die Kondiktion aus l. 3 C. de aleat. für statthaft (Hohnhorst a. a. O). Vgl. auch die Argumentation des Kassationshofs Wolfenbüttel 1860 in einem analogen Fall (Z. f. R. in Braunschweig VII p. 110).

die Kondiktion freiwillig geleisteter Zahlungen der Regel nach aus.[33]) Dagegen hat die Braunschweigische Gesetzgebung die Zurückforderung des Loospreises ausdrücklich gestattet.[34])

10. Ist nur das **Kollektiren** für fremde Lotterieen, nicht auch das Einsetzen in dieselben verboten, so ist der Lotterievertrag bezüglich eines vom Theilnehmer direkt aus dem Auslande bezogenen Looses vollkommen klagbar.[35]) Auch wenn ein Kollekteur Loose vom Unternehmer bezogen hat, wird der Einsatz vom Unternehmer gegen ihn eingeklagt werden können, solange nicht feststeht, dass er die Loose weiter abgesetzt hat.[36])

Die Praxis geht noch weiter: sie betrachtet alle Verträge, die nur für den Kollekteur Strafbarkeit begründen, Seitens des Theilnehmers für vollständig klagbar, während der Kollekteur weder auf Erfüllung klagen, noch das Gezahlte kondiziren kann.[37]) Es dürfte indes richtiger sein, da die mit Strafe bedrohte Handlung in einem Vertragsschluss besteht, diesen Vertrag selbst als für beide Theile nichtig zu erachten und dem strafbaren Kollekteur die Pflicht des Schadensersatzes aus seiner dolosen oder mindestens kulposen Handlung dem Gegenkontrahenten gegenüber aufzuerlegen.[38])

Ist, wie in einzelnen Fällen, nur das Kollektiren im Inland verboten, so kann der Lotterievertrag bezüglich der an Ausländer abgesetzten Loose auch vor dem inländischen Richter von beiden Kontrahenten geltend gemacht werden.[39])

11. Der **Auftrag**, in eine verbotene Lotterie zu setzen, ist nichtig; es findet weder eine Klage auf Vollziehung des Auftrags, noch auf Entschädigung wegen des nicht vollzogenen Auftrags statt. Dagegen wird der Auftrag, den in einer verbotenen Lotterie gemachten Gewinn zu **erheben**, von der deutschen Praxis, soweit nicht etwa eine Konfiskation des Gewinnes angedroht ist, für erlaubt und klagbar erklärt.[40])

---

[33]) Art. 515 Abs. 2. Nur dann ist sie gestattet, wenn der Empfänger sich einer Unredlichkeit schuldig gemacht, oder wenn die Ziehung vereitelt wurde.

[34]) Fr. Endemann p. 87.

[35]) Schmidt p. 475.

[36]) O.A.G. Dresden 1858 Z. f. R. u. V. XVII p. 473.

[37]) R.G. V p. 127. Vgl. auch das Not. 32 citirte Erk. des Kass.Hofs Wolfenbüttel (auch in Schletters Jahrb. VI p. 24); dasselbe betrifft nicht das Kollektiren für eine fremde Lotterie, sondern eine andere dem Kollekteur untersagte Handlung, nämlich das unaufgeforderte Anbieten von Loosen resp. die Ausgabe von Antheilscheinen auf Lotterieloose.

[38]) So das Kreis-Ger. Braunschweig in dem in voriger Note citirten Fall; der Kassationshof Wolfenbüttel änderte die Entscheidung ab.

[39]) Vgl. die Erk. bei Bender p. 117 Not. 8 a. E.

[40]) Vgl. Landger. Coblenz u. Rhein. App.Ger. 1824 (Archiv f. d. Civ. u. Crim. der Rheinprovinz VII p. 76). O.A.G. München 1849 (Blätter f. Rechtsanwendung XV p. 40). Preuss. O.Trib. 1874 (Busch XXX p. 345). R.O.H.G. v. 1. Oktbr. 1874 XIV p. 222. Vgl. auch Arnold p. 438 u. 442, Bender p. 32 Not. 8 a. E. u. Holzschuher p. 775.

VII. Das Ausspielgeschäft.

§ 300.

Das Wort Ausspielgeschäft oder Ausspielvertrag wird zur Bezeichnung zweier ganz verschiedener Rechtsgeschäfte gebraucht.[1])

I. Einerseits nämlich zur Bezeichnung für das Ausspielen einer **gemeinschaftlichen** Sache (sog. **uneigentlicher** Ausspielvertrag). Es ist dies ein zwischen zwei oder mehreren Personen geschlossener Vertrag, dass eine ihnen gemeinschaftliche Sache oder Berechtigung demjenigen von ihnen ausschliesslich zustehen solle, bezüglich dessen in einem bestimmten Verfahren (Nummernziehung, Würfeln, Kegeln, Scheibenschiessen u. a. m.) eine bestimmte Thatsache (die höchste Nummer, der grösste Pasch, der beste Wurf, die meisten Ringe) zur Erscheinung gelangen werde.

Dieser Vertrag ist ein wahrer Spiel-[2]) resp.[3]) Wettvertrag, denn jeder der Kontrahenten verpflichtet sich, falls die entscheidende Thatsache zu seinem Gunsten nicht eintritt, aber auch nur dann, den Einsatz, d. h. seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache dem Gewinner zu überlassen. Der Gewinner leistet nichts; er behält seinen Antheil und erwirbt die Antheile der Andern hinzu.

Für die Rechtsnatur des uneigentlichen Ausspielgeschäfts ist es ganz irrelevant, ob die ausgespielte Sache oneros oder lukrativ durch die Gemeinschaft erworben worden, ob diese Sache bereits längere Zeit gemeinschaftlich war oder erst behufs Ausspielens von der Gemeinschaft angeschafft ist, auch ob die Gemeinschaft diese Sache von einem Dritten oder von einem ihrer Mitglieder erworben hat. Es kann auch der Erwerb durch die Gemeinschaft und der Ausspielbeschluss zeitlich sehr nahe an eineinder rücken, sofern nur die Sache noch

[1]) Vgl. Neubert p. 62 ff., Koch p. 788, Krügelstein p. 4, Gruchot p. 202, 205 ff., Holzschuher p. 776 ff. u. 39, Walter p. 419 a. E., Förster-Eccius p. 136.

[2]) Vgl. Grolmann p. 20 ff., Gerber p. 524 Not. 12, Gengler, Lehrb. p. 751 Not. 54, Neubert, Koch, Krügelstein, Holzschuher p. 39, Weiske, Rechtslex. I p. 473. Anders Walter a. a. O. „eine Summe von“ (eigentlichen) „Ausspielgeschäften, deren Ausgang von einer und derselben Begebenheit abhängig gemacht ist.“

[3]) Vgl. oben § 291 Not. 5.

vor dem Ausspielen eine gemeinschaftliche geworden ist. Es ist daher ein sog. uneigentliches Ausspielgeschäft, wenn etwa ein Mitglied einer Kegelgesellschaft einen ihm gehörigen Kunstgegenstand dieser Gesellschaft zum sofortigen Auskegeln schenkt oder verkauft; die Schenkung oder der Kauf ist hier ein selbständiges erstes, der Vertrag über das vorzunehmende Kegelspiel um das gemeinschaftlich gewordene Kunstwerk aber ein selbständiges zweites Geschäft.[4])

Etwas ganz anderes ist

II. das sog. **eigentliche** Ausspielgeschäft.

1. Es ist dies ein Unternehmen, welches gerichtet ist auf den Abschluss einer Anzahl gleichartiger Verträge, durch welche sich der eine Kontrahent, der **Ausspieler,** gegen eine unbedingte **Einsatz**leistung des anderen Kontrahenten, des **Theilnehmers,** zur Ueberlassung eines oder mehrerer individuell bestimmter Sachen **(Gewinne)** unter der Bedingung verpflichtet, dass in einem bestimmten Verfahren eine bestimmte Thatsache zur Erscheinung gelangt.

2. Der Ausspieler ist meist, aber nicht unerlässlich Eigenthümer der Gewinne.[5]) Die Zahl der Theilnehmer ist irrelevant.[6]) Der Einsatz ist essentiell; einsatzlose Ausspielgeschäfte sind in Wahrheit Schenkungen.[7]) Der Gewinn kann in einer oder mehreren individuell bestimmten (beweglichen oder unbeweglichen) Sachen bestehen; auch ist die Ausspielung mehrerer Gewinne mittelst eines Ausspielgeschäfts statthaft.[8])

3. Das Verfahren, durch welches die Entscheidung über die bedingte Verpflichtung des Ausspielers herbeigeführt werden soll, muss nach Art, Ort und Zeit[9]) genau bestimmt sein. In der Regel wird es in einem von allen Theilnehmern unterschriebenen[10]) **Ausspielplan** geregelt.

Nach der Art dieses Verfahrens unterscheidet man die **Ausspiellotterie,** bei welcher eine Nummerziehung entscheidet, von den übrigen Fällen, in denen in einem vereinbarten Spiel der Theilnehmer (Auspaschen, Auskegeln, Wettschiessen, Wettlaufen u. a. m.) die entscheidende Thatsache eintreten soll. An einem geeigneten Namen für diese letztere Klasse fehlt es.[11]) Manche Schrift-

---

[4]) Vgl. Neubert p. 64, Holzschuher p. 776 Note, Koch p. 790.

[5]) A. M. Walter p. 418, Maurenbrecher p. 466. Aber warum sollte eine fremde Sache nicht ausgespielt werden dürfen, während sie doch verkauft werden darf? Uebrigens lässt Walter p. 419 den Ausspieler auch nur für die wirkliche Existenz der auszuspielenden Sache haften.

[6]) Vgl. oben p. 41. Richtig Maurenbrecher: „Vertrag, in welchem (der Ausspieler) mit einem Einzelnen oder mit mehreren Andern übereinkommt."

[7]) Vgl. oben p. 38 Not. 4, sowie Förster-Eccius p. 136, Züricher B.G.B. § 1777 und dazu Bluntschli p. 606. — A. M. Walter, Neubert p. 65, Gengler, Lehrb. p. 750 u. P.R. p. 434.

[8]) Vgl. oben p. 42 Not. 8—12.

[9]) Vgl. Neubert a. a. O., Lange p. 41.

[10]) Lange p. 52.

[11]) Bender, Lotterie p. 26 nennt sie gewöhnliche Ausspielgeschäfte und findet das Unterscheidungsmerkmal in der eigenen Thätigkeit der Theilnehmer. Es giebt aber einerseits Lotterieen, bei denen die Theilnehmer ziehen, andererseits Spiele ohne Thätigkeit der Spieler. Vgl. oben p. 40 u. p. 47 Not. 9.

steller haben nur die Ausspiellotterie bei ihrer Definition des Ausspielgeschäfts im Auge.[12])

4. Das eigentliche Ausspielgeschäft ist kein bedingter Kaufvertrag.[13]) Es ist auch kein Spielvertrag[14]) zwischen Ausspieler und Theilnehmer, denn der Letztere ist auch als Gewinner einsatzpflichtig. Es ist auch nicht gerechtfertigt, obgleich es seit **Molina** oft genug in verschiedenen Modifikationen versucht worden,[15]) das eigentliche Ausspielgeschäft in zwei Geschäfte, in ein nicht aleatorisches und in ein aleatorisches, resp. in ein Vorbereitungsgeschäft und ein Hauptgeschäft zu zerlegen. Jenes soll in dem Sachkauf des Ausspielobjekts Seitens der Gemeinschaft der Theilnehmer resp. in der Bildung dieser Gemeinschaft, dieses in einem Spielvertrage der Theilnehmer um das Alleineigenthum resp. um die actio emti[16]) bestehen. Diese Konstruktion ist indes genöthigt, eine Gemeinschaft der Theilnehmer zu fingiren, wo in Wahrheit doch nur Einzelne vorhanden sind. Diese Einzelnen sind oft räumlich zerstreut, kennen sich bisweilen gar nicht und stehen, wie **Lange** treffend bemerkt, in keiner näheren Rechtsbeziehung zu einander, als die Hörer derselben Vorlesung, die Gäste derselben Wirthstafel. Sie kontrahiren wohl über den nämlichen Gegenstand mit demselben Unternehmer, aber sie kontrahiren jeder selbständig und sie kontrahiren nicht mit einander.[17]) Wäre die Gesammtheit Käuferin, so müssten die Gewinner von dieser Gesammtheit der Theilnehmer die Sache zu fordern haben.

Es bedarf aber auch gar nicht jener Zerlegung des einheitlichen Geschäfts, ebensowenig der Aufstellung eines contractus sui generis.[18]) Das eigentliche Ausspielgeschäft entspricht vielmehr durchaus dem Begriff des Hoffnungskaufs, sofern

---

[12]) So Stobbe u. Gareis.

[13]) Wie wohl Mittermaier p. 88 annimmt. Vgl. dagegen oben p. 46 bei Not. 2. Ueber das Sächs. B.G.B. § 1481 Abs. 2 vgl. noch Krügelstein p. 12 Not. 9, Stobbe a. a. O. Not. 21 u. besonders Schmidt p. 475: „Damit, dass in § 1481 das Verhältniss des Ausspielers zu dem Inhaber des Gewinnlooses unter die Grundsätze über den bedingten Kauf gestellt ist, ist nicht gesagt, dass das fragliche Rechtsgeschäft überhaupt unter diesen Gesichtspunkt falle."

[14]) Schmidt p. 475 „eine Spielgattung", Walter „reines Glücksspiel".

[15]) Ausser Molina huldigen dieser Ansicht Lopez, Azorius, Del Rio, Pufendorf, Wildvogel (vgl. Fr. Endemann p. 42 ff., 53 ff.), ferner Grolmann p. 45, Glück p. 370, Mittermaier p. 88, Wolff p. 359, Gengler, Lehrb. p. 751, P.R. p. 434 (vgl. dazu Stobbe p. 345) u. für gewisse Fälle anscheinend selbst Thöl p. 1020.

[16]) Thöl a. a. O.

[17]) Vgl. Lange p. 9 ff., Stobbe, Walter, Koch, Bluntschli, Erl. zur Züricher B.G.B. III p. 606, Fr. Endemann p. 43 u. 95. — Gerber p. 524 lehrt, dass Jeder durch Bezahlung eines Looses in die Gemeinschaft eintritt; dann dürfte weder der mitspielende Ausspieler, noch derjenige, dem der Einsatz kreditirt worden, Aufnahme in die Gemeinschaft finden; auch würde der zuerst Zahlende in eine Gemeinschaft treten, deren Existenz noch ganz zweifelhaft wäre.

[18]) Wie Holzschuher p. 776 Note, Gründler § 331 u. Stobbe p. 345 annehmen. Vgl. dagegen auch Puchta § 258 Note a. E. u. Krügelstein p. 5 Note.

man nur diesen letzteren Begriff nicht auf den Verkauf der eigenen Hoffnung einschränkt.[19]) Diese Auffassung ist auch jetzt wohl von der Mehrzahl der Autoren wenigstens für den Fall der **Ausspiellotterie** anerkannt.[20]) Es ist auch nicht abzusehen, inwiefern die Spezieslotterie eine andere juristische Natur haben sollte, als die Geldlotterie.[21]) In beiden Fällen erwirbt der Theilnehmer gegen den Einsatz ein eventuelles Forderungsrecht gegen den Unternehmer, dort auf eine bestimmte Sache, etwa ein Kunstwerk, hier auf eine Geldsumme. Es ist aber nicht nur die Ausspiellotterie, sondern auch jede andere Art von Ausspielgeschäft (Auskegeln u. s. w.) ein Hoffnungskauf, nur dass hier nicht immer lediglich der Zufall, sondern oft neben ihm die Geschicklichkeit der Theilnehmer dazu berufen ist, die entscheidende Thatsache in dem bestimmten Verfahren herbeizuführen. Im übrigen ist aber auch hier unbedingte Einsatzpflicht gegen Erwerb eines bedingten Forderungsrechts gegen den Unternehmer. Dass die Theilnehmer hier selbstthätig werden, ist unerheblich; ihre Thätigkeit ist nicht etwa eine von ihnen übernommene Pflicht, sondern eine Bedingung ihres eventuellen Forderungsrechts. Weder der Ausspieler, noch einer der Theilnehmer hat ein Klagrecht in einem Spielvertrage darauf, dass ein Mittheilnehmer würfle, kegle, schiesse; wer die Thätigkeit nicht rechtzeitig vornimmt, ist nicht vertragsbrüchig, sondern hat nur auf die Möglichkeit verzichtet, Gewinner zu werden.

5. Das Ausspielgeschäft unterliegt im allgemeinen denselben Grundsätzen, wie der Lotterievertrag;[22]) Abweichungen begründen nur die Speziesnatur des Gewinnes und in einzelnen Fällen die Abhängigkeit der Entscheidung von der Thätigkeit resp. Geschicklichkeit der Theilnehmer. Der Hervorhebung bedürfen nur die folgenden Punkte.

6. Wie der Lotterieunternehmer ist auch der Ausspieler, sofern er es sich nicht etwa vorbehalten hat,[22a]) nicht befugt, wegen ungenügender Betheiligung vom

---

[19]) Vgl. oben p. 48 Not. 20.

[20]) Windscheid § 387 Not. 1, Dernburg a. a. O., Lange p. 12 ff., Neubert p. 65, Walter § 371 Not. 2, Maurenbrecher p. 467, Hillebrand p. 337, Beseler § 112 Not. 13, Gruchot p. 202, Krügelstein p. 4 ff. — Koch p. 791 nimmt gleichfalls Hoffnungskauf, daneben aber auch bedingten Sachkauf an. Mit gleichem Recht dürfte man aufstellen, dass der verkaufte Fischzug neben dem unbedingten Verkauf der spes noch einen bedingten Verkauf der in Wirklichkeit gefangenen Fische enthalte. — Manche bezeichnen das Ausspielgeschäft als Species der Lotterie (z. B. Gareis), andere die Lotterie als Species des Ausspielgeschäfts (z. B. Walter u. Wolff). — Der Art. 864 des Entw. eines deutschen Obl.Rechts u. des Schweiz. Obl.R. Art. 515 behandelt beide Geschäfte gleich.

[21]) A. M. Fr. Endemann p. 96: „Auch ist es begreiflich, dass es ein anderes Geschäft ist, wenn ein Kaufmann, um eine Waare abzusetzen, sie durch Loose verkauft, als wenn aus der Summe der Loosgelder Gewinne gebildet werden zum Zweck der Verloosung." Man denke aber nur an die Wohlthätigkeitslotterieen und besonders an die kombinirten Lotterieen!

[22]) So bez. des Vertragsabschlusses, der Bedeutung des Planes, der handelsgeschäftlichen Natur des Geschäfts, der Stellung der Kollekteure, der Natur des Looses, der Einsatzpflicht u. a. m. Vgl. auch Mittermaier, Neubert p. 68. Gengler, Lehrb. p. 753 Not. 62 u. oben Not. 20 a. E.

[22a]) Vgl. den Rechtsfall in Busch's Arch. XXIV p. 464 (Erk. des H.A.G. vom 30. Juni 1870).

Vertrage zurückzutreten. Andererseits ist auch er aber, sofern er nicht diesem Recht im voraus entsagt hat, zum sog. Mitspielen für befugt zu erachten.[23])

7. Der Ausspieler ist nicht verpflichtet, den auszuspielenden Gegenstand vor Eintritt der planmässigen Bedingung herauszugeben, selbst wenn sämmtliche Theilnehmer ihm denselben einheitlich abfordern sollten. Es ist dieses Weigerungsrecht auch nicht, wie Manche wollen, auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Ausspieler ein geldwerthes Interesse an der Vornahme des Verfahrens hat, z. B. wenn der Ausspieler Gastwirth ist und von der Zusammenkunft vieler Personen sich Vortheil versprechen darf.[24]) Der Ausspieler ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen befugt, auch ohne speziell nachweisbares Interesse auf voller Vertragserfüllung zu bestehen und die Gewinnleistung vom wirklichen Eintritt der vereinbarten Bedingung abhängig zu machen.

8. Die Gefahr des Ausspielobjekts bleibt, da der Ausspielvertrag keine Veräusserung der Sache selbst enthält, bei dem Ausspieler bis zur Entscheidung der Bedingung.[25]) Daher kann auch der Ausspieler keinen Ersatz fordern für den zur Erhaltung der Sache bis zur Entscheidung gemachten Aufwand, z. B. für die Kurkosten des auszuspielenden Pferdes, falls dasselbe vor Eintritt der entscheidenden Bedingung erkrankt ist.[26])

9. Der Ausspielvertrag löst sich auf, falls das Ausspielobjekt vor der Entscheidung der Bedingung untergeht. Der Ausspieler ist zur Zurückgabe der Einsätze verpflichtet,[27]) aber auch nur hierzu. Er hat daher auch nicht (falls etwa die Theilnehmer das Auskegeln ohne seine Mitwirkung vornehmen, oder falls der Sieger sich nach der Nummernziehung der Landeslotterie bestimmen soll) demjenigen, für den die Bedingung eingetreten ist, den Werth des untergegangenen Ausspielobjekts zu gewähren. Dies gilt selbst dann, wenn der Unternehmer, wie bei den sog. Silberlotterieen nicht selten, sich planmässig verpflichtet hat, den Gewinn zu einem bestimmten Preise zurückzunehmen.

10. Der Gewinner wird gemeinrechtlich erst mit der Tradition Eigen-

[23]) Vgl. oben p. 73 u. Lange p. 46 u. 93, Neubert p. 68, Holzschuher p. 777, Koch p. 790, Mittermaier p. 89, Maurenbrecher p. 467, Wolff p. 360, Walter p. 419, Gengler p. 435, Lehrb. p. 752, Gerber p. 524. Vgl. aber auch die Motive zu § 1481 Sächs. B.G.B. u. die Gegenbemerkung Ungers (bei Gruchot p. 199 Not. 2).

[24]) Vgl. Lange p. 82, auch Walter p. 419.

[25]) Dieser Ansicht sind das Sächs. B.G.B. (vgl. oben Not. 13) u. Lange p. 91 ff., 203 ff., Holzschuher p. 777 (dessen Argumentation allerdings nicht unbedenklich), Hillebrand, Wolff, Gengler, Walter, Stobbe, Fr. Endemann p. 95 ff., ferner auch Weiske, Rechtslex. I p. 473, Elvers, jurist. Zeitung, Winiwarter IV p. 526 (bei Mittermaier p. 8, 9 Not. 15 u. 16). — A. M. dagegen Grolmann p. 51, 70, Neubert p. 65 u. Glück p. 372.

[26]) Gengler, Lehrb. p. 753 Not. 61, Lange a. a. O. — A. M. Grolmann.

[27]) Lange p. 83 ff., 91 ff., Gengler, P.R. p. 435, Lehrb. p. 753, Holzschuher, Mittermaier, Walter a. a. O. — A. M. ist für das gemeine Recht Koch p. 791, demzufolge die zufällige Vereitelung der Ausspielung als Erfüllung gelten soll. Vgl. im allgemeinen auch Windscheid § 264 Not. 5 u. 6 u. § 321 Not. 18.

thümer;[28]) nur partikularrechtlich geht das Eigenthum bereits mit der Entscheidung der Bedingung auf ihn über.[29])

11. Der Ausspieler haftet dem Gewinner, wie der Verkäufer einer Sache dem Käufer,[30]) insbesondere für Eviktion und für die gehörige Beschaffenheit des Ausspielobjekts. Die Anfechtung wegen laesio enormis ist indes stets für ausgeschlossen zu erachten, auch wenn kein Handelsgeschäft in Frage ist.[31])

12. Das Ausspielgeschäft ist als Hoffnungskauf an sich erlaubt und gültig; es bestehen indes auch für dies Geschäft, wie für die Lotterie neben der Bestimmung des § 286 Abs. 2 des R.St.G.B. vielfache partikularrechtliche Verbote.[32]) Das verbotene Ausspielgeschäft ist für nichtig zu erachten.

---

[28]) A. M. Gengler p. 435. Vgl. aber Stobbe a. a. O.

[29]) Preuss. A. L.R. I, 11 § 573. Vgl. Stobbe u. Bornemann III p. 233. Auch nach französischem Recht dürfte wohl ein gleiches anzunehmen sein.

[30]) Schmidt p. 475, Lange p. 103 ff., Mittermaier p. 89, Gengler, Lehrb. p. 753, Krügelstein p. 5 Note, Holzschuher p. 777, Koch p. 791. Vgl. bezüglich des Letzteren oben Not. 20.

[31]) Koch u. Holzschuher a. a. O.; a. M. Unterholzer. Ganz unbestimmt Walter p. 419: „Es muss also der Gesammtbetrag der Loose und Einsätze den Werth der Sache nicht allzusehr (!?) übersteigen, widrigenfalls liegt in dem Geschäfte eine Prellerei“ (!). Vgl. auch Windscheid § 396 a. E., Lange p. 96, Fr. Endemann p. 113, 114.

[32]) Vgl. Fr. Endemann p. 80 Not. 4 u. 83 Not. 3, Liszt a. a. O., Windscheid § 387 Not. 7, Koch p. 790, Gengler, Lehrb. p. 752, Priv.R. p. 435 Not. 30, Hillebrand p. 398, Mittermaier p. 88 Not. 4, Wolff p. 360.

VIII. Das Heuer- oder Promessengeschäft.[1])

§ 301.

1. Das Heuergeschäft ist derjenige Vertrag, durch welchen der eine Kontrahent, der **Verheuerer**, gegen eine unbedingte Leistung **(Prämie, Heuergeld)** des anderen Kontrahenten, des **Heuerers**, sich verpflichtet, falls ein bestimmtes Loos in einer bestimmten Ziehung gezogen werden sollte, den auf jenes Loos fallenden Gewinn [2]) dem Heuerer zu gewähren. Die Oesterreichischen Gesetze vom 7. November 1862 § 1 und vom 30. Juni 1878 definiren es als die Veräusserung der Gewinnsthoffnung eines Looses.[3])

2. Das Heuergeschäft ist holländischen Ursprungs und in Deutschland wohl nicht vor dem 18. Jahrhundert bekannt geworden.[4]) Es scheint zunächst bezüglich der Loose von Klassenlotterieen sich entwickelt zu haben; in der Folge wurde es aber in grossem Umfange auf die Loose der kombinirten Lotterieen (Lotterie- oder Prämienanlehen, Anleihelotterieen, Zinslotterieen)[5]) angewandt. In der Gegenwart findet es bezüglich beider Arten von Loosen Anwendung; auch jetzt noch werden Klassenlotterieloose sogar stundenweise während des Ziehungsakts verheuert.[6]) Es ist daher irrig, wenn einzelne Rechtslehrer den

---

[1]) Litteratur: Thöl § 308, W. Endemann p. 595, Brinckmann § 91. Gareis p. 322 ff. u. v. Holtzendorffs Rechtslex. II p. 193, Fr. Endemann p. 146 bis 148, Dernburg II § 155. Aronheim, Natura negotii quod dicunt Heuergeschäft secundum regulas juris communis. Heidelberg 1841. Bender, Verkehr mit Staatspapieren p. 451—474, Lotterie p. 91 u. 92. Souchay, Ueber verschiedene Geschäfte mit Staatspapieren in d. Z. f. Civ.R. u. Prozess III p. 338 ff., Unger, Das Prämiengeschäft des kgl. Seehandl.-Instituts in Berlin 1832 p. 59–62 (mir nicht zugänglich). Unger, Ephr. Sal., Handb. d. Staatslotterie 1841 p. 15—17. Wolff, Das Heuer- oder Promessengeschäft in Frankfurt a. M. in d. Z. f. H.R. XI p. 297—313. Nebenius, Der öffentliche Kredit p. 595, Rau § 503 Not. e. Ad. Wagner in Schönbergs Handb. d. Stat.Oek. II p. 444. Maurenbrecher II p. 12, Gerber § 179 a. E. Kraupa u. Mallner, Die wahren Werthe aller österr. Loose und ihrer Promessen, 1877. p. 8 ff.

[2]) Vgl. die Definitionen von Thöl, Gareis, Aronheim p. 4 u. R. Koch im Rechtslex. II. p. 315. Nach Dernburg u. Kraupa sagt der Verheuerer für den Gewinnstfall das Loos selbst zu. Vgl. dagegen Goldschmidt in Z. f. H.R. III p. 624.

[3]) Ganz ähnlich auch Fr. Endemann p. 146.

[4]) Bender, Lotterie p. 92.

[5]) Die genauere Darstellung derselben ist dem Abschnitt über die Anleihen vorbehalten. Vgl. auch oben p. 44 Not. 24.

[6]) Fr. Endemann p. 94 Not. 1, Bender, Lotterie p. 92 Not. 2.

Begriff des Heuergeschäfts auf die Loose von Staatsanleihen oder auf Staatspapiere beschränken.[7]) Das Oesterreichische Gesetz gestattet nur die Verheuerung von Loosen inländischer Anleihen.

3. Einzelne Autoren[8]) erkennen nur diejenigen Geschäfte als Heuergeschäfte an, bei denen der Verheurer das verheuerte Loos zur Zeit des Vertragsschlusses im Eigenthum oder Besitz oder doch zu seiner Verfügung hat. Gemeinrechtlich erscheint diese Begriffsbeschränkung ungerechtfertigt. Auch die Veräusserung der Gewinnchance eines fremden Looses, an dem dem Verheuerer keinerlei Recht zusteht, ist begrifflich, wenngleich aus einer anderen wirthschaftlichen Spekulation hervorgegangen,[9]) ein Heuergeschäft, da nicht das Loos, sondern der Gewinn vom Heuerer versprochen wird.[10]) Manche Partikulargesetze haben indes diese verboten und nur jene tolerirt.[11])

4. Die Heuervertragsfähigkeit unterliegt gemeinrechtlich keiner besonderen Beschränkung; dagegen fordert Oesterreich bezüglich beider Kontrahenten dauernden Wohnsitz im Staatsgebiete[12]) und für den Verheuerer in gewissen Fällen[13]) noch den Besitz einer protokollirten Firma.

5. Das Heuergeschäft wird in der Regel schriftlich geschlossen. Der Schlussbrief wird **Heuerbrief**, **Promessenschein**, **Certifikat**, **Aktie**, **Promesse**, **Promessenloos**, auch **Loos** schlechthin genannt. Letztere Bezeichnung wird Seitens unreeller Verheurer nicht selten dazu benutzt, im Heurer einen Irrthum über die Rechtsnatur des Schlussbriefs zu erregen resp. zu erhalten.[14]) Der Heuerbrief wird partikularrechtlich[15]) und auch von vielen Autoren für das gemeine Recht[16]) als obligatorisch gefordert. Ein derartiges allgemeines oder gemeines Gewohnheitsrecht scheint indes nicht erweislich. Dagegen wird vielfach die Ausfertigung eines Heuerbriefs auf Grund der Platzusance als von den Kontrahenten gewollt anzunehmen sein.

Der Heuerbrief hat ausser der Unterschrift des Verheuerers und dem Datum jedenfalls[17]) die genaue Beschreibung der verheuerten Loose (nach Nummer und

---

7) Souchay u. Brinkmann.

8) Z. B. Maurenbrecher (Versprechen des Inhabers eines Looses), E. S. Unger p. 15, (Schein, durch welchen der Besitzer eines Looses). — Selbst W. Endemann p. 595 hat das Eigenthum des Verheurers am Loos in die Definition des Heuergeschäfts aufgenommen.

9) Thöl a. a. O.

10) Oben Not. 2.

11) So z. B. fordert das Oesterr. Ges. v. 1862 Eigenthum am Loose oder Genehmigung des Eigenthümers. Der Frankfurter Entwurf (Wolff p. 306) fordert Besitz oder Verfügung.

12) Vgl. Oesterr. G.B. v. 1862 § 7 a.

13) Im Fall des Verkaufs gegen Ratenzahlung. G. v. 30. Juni 1870 § 2 a.

14) Vgl. das Erk. d. St.Ger. Frankfurt a. M. v. 27. April 1866 in Löhrs Centr.Org. N. F. III p. 85, sowie Wolff p. 298 ff. Not. 1. Vgl. auch Dernburg p. 406 Not. 2.

15) Das Oesterr. Gesetz § 1 d verlangt im Stempelinteresse die Ausfertigung des Promessenscheins auf gestempeltem Blanquett.

16) Z. B. Gareis, Bender, Maurenbrecher, E. S. Unger.

17) Noch bedeutend mehr fordert das Oesterr. G. v. 30. Juni 1878 § 2 b.

Serie), sowie die Angabe der entscheidenden Ziehung zu enthalten, meist auch das Wort fix oder die Erlöschungsklausel. Der Heuerbrief lautet gewöhnlich auf den **Namen** des Heuerers; doch kommen auch **Inhaberheuerbriefe** vor.[18]) Der Vertrag wird mitunter unter Vorbehalt der Nummernaufgabe so geschlossen, dass die Eintragung der verheuerten Nummern im Heuerbrief noch nachträglich, aber vor der Ziehung zu erfolgen hat.[19])

6. Das Heuergeschäft ist kein absolutes Handelsgeschäft, selbst dann nicht, wenn ein Staatsanlehensloos mit der Absicht späteren Einkaufs des Papiers verheuert wird; denn nicht das Papier, sondern die Gewinnchance desselben ist Gegenstand der Veräusserung.

Es ist auch kein Banquiergeschäft, obwohl es oft genug von Banquiers als Verheuerern gewerbsmässig abgeschlossen wird; denn es dient weder der Geld-, noch der Kreditvermittelung.

Dagegen kommt es allerdings als Hülfsgeschäft eines Kaufmanns in dessen Betriebe nicht ganz selten vor; so verheuern oft Banquiers die Chancen der in ihrem Besitz befindlichen Anlehensloose von Ziehung zu Ziehung, um die unbedingte Gegenleistung des Heuerers zu lukriren, indem sie gegen den ungewissen grossen Werth (des eventuellen Gewinns) den gewissen kleinen Werth eintauschen und lieber Wenig sicher haben als Viel in unbestimmter Aussicht (**Thöl**).

Insoweit das Heuergeschäft auch nur auf Seite eines der Kontrahenten Handelsgeschäft ist, bedarf es nach Art. 277 und 317 des Heuerbriefes zur Perfektion des Vertrages **nicht**, es sei denn die Ausfertigung eines solchen als Perfektionsmittel ausdrücklich oder stillschweigend gewollt.

7. Der Heuerer ist

a. zur Zahlung der vertragsmässigen Prämie verpflichtet. In der Regel ist dieselbe vollständig im voraus bei Vertragsschluss zu entrichten. Doch ist namentlich in Oesterreich üblich, dem Heuerer terminliche Theilzahlungen der Prämien (**Raten**) mit der Abrede zu gestatten, dass bei Nichteinhaltung auch nur einer Rate der Anspruch des Heuerers unter Verwirkung des Gezahlten ganz erloschen sein soll (sog. **Ratenloose**). Wegen der vielfachen hierbei hervorgetretenen Ausbeutungen der Heuerer hat das Oesterr. Gesetz vom 30. Juni 1878 § 3 für diese Ratengeschäfte unter Strafandrohung dem Verheuerer besondere Beschränkungen (bezüglich der Veräusserung und Verpfändung) und besondere Pflichten (bezüglich der Buchführung und der Vorweisung auf jedesmaliges Erfordern des Heuerers oder der Behörde) auferlegt.

b. Sehr häufig ist der Heuerer verpflichtet, falls das verheuerte Loos gezogen worden, dem Verheuerer ein noch nicht gezogenes Loos derselben Kategorie zu liefern resp. dessen Werth sich von den ihm zu zahlenden Gewinn in Abzug bringen zu lassen. Diese Verbindlichkeit ist namentlich dann üblich, wenn mehrere Loose gleichzeitig verheuert werden.[20]) An manchen Plätzen gilt diese Verpflichtung als stillschweigend übernommen, selbst wenn ihrer

---

[18]) Vgl. die Formulare 15 u. 16 bei Bender, Verkehr p. 644 u. Wolff p. 299 Note.

[19]) Bender, Verkehr p. 454.

[20]) Garcis a. a. O.

weder bei dem mündlichen Vertragsschluss, noch im Heuerbrief Erwähnung geschehen ist.[21])

8. Der Verheuerer ist verpflichtet,

a. im Ziehungsfalle dem Heuerer den **Gewinn** zu gewähren. Dies kann geschehen **direkt** durch Auszahlung des Gewinnes oder **indirekt** durch Auslieferung des Gewinnlooses. Ob das Eine oder das Andere zu geschehen hat, resp. auf wessen Seite ein Wahlrecht bezüglich beider Erfüllungsarten besteht, bestimmt sich nach dem Willen der Kontrahenten, eventuell nach dem Ortsgebrauch. Eventualissime dürfte, da nur die Gewinnchance, nicht das Loos veräussert worden, auch nur die Forderung resp. die Pflicht der Gewinnauszahlung, nicht der Loostradition[22]) anzuerkennen sein.

b. Vor der Ziehung ist der Verheuerer nur in Folge besonderer Abrede verpflichtet, das Loos bei einem Dritten zu deponiren oder gegen Kaution dem Heuerer auszuhändigen.[23])

c. Haftet der Verheuerer für die Solvenz des Unternehmers? Wohl nur, sofern er diese Haftung ausdrücklich übernommen. Auch wenn beide Kontrahenten wissen, dass dem Verheuerer zur Zeit des Vertragsschlusses kein Recht auf das Loos zusteht, dürfte die Haftung des Verheuerers bei Insolvenz des eigentlichen Unternehmers im Zweifel zu verneinen sein; denn auch in diesem Falle ist anzunehmen, dass der Heuerer nur das vom Verheuerer erwerben sollte, was er bei direkter Betheiligung an der Lotterie von dem Lotterieunternehmer erhalten hätte.

9. Man unterscheidet in der Regel[24]) das **reelle** von dem **unreellen** Heuergeschäft, je nachdem dem Verheuerer (in Folge seines Eigenthums am Loose oder eines Erwerbtitels auf das Loos) ein Recht auf den auf das Loos eventuell fallenden Gewinn zur Zeit des Vertragsschlusses zusteht oder nicht. Das unreelle Heuergeschäft ist vielfach verboten und von Manchen als Heuergeschäft überhaupt nicht anerkannt.[25]) Die Bezeichnung „reell“ ist übrigens nicht immer zutreffend; denn auch das Looseigenthum des Verheuerers zur Zeit des Vertragsschlusses gewährleistet nicht die Vertragserfüllung, da ja der Verheuerer das Loos nach Vertragsschluss vor der Ziehung weiter verkaufen oder verpfänden kann,[26]) von dem Falle der mehrfachen Verheuerung des nämlichen Looses ganz abgesehen.

10. Das Heuergeschäft ist kein **Spiel**, keine **Wette**,[27]) selbst das unreelle

---

[21]) Wolff p. 302 Not. 2 u. 310, Bender, Verkehr p. 454.

[22]) Vgl. besonders Gareis, auch Wolff p. 302 Not. 2, Bender p. 454, Goldschmidt a. a. O.

[23]) Bender, Verkehr p. 455 u. 461.

[24]) Vgl. Thöl, Bender, Wolff, Aronheim. — Dem Unterschied messen nur wirthschaftliche, nicht juristische Bedeutung bei Dernburg u. Gareis.

[25]) Vgl. oben Not. 8—11.

[26]) Das Oesterr. Gesetz v. 30. Juni 1878 § 3c u. 5 hat gegen diese Gefährdung des Heuerers besondere Strafandrohung wenigstens in gewissen Fällen für nothwendig erachtet.

[27]) A. M. Hillebrand, „Spiel um ein Spiel“ (!) u. eine Reihe älterer Gesetze (bei Gengler p. 408).

nicht;[28]) denn der Heuerer ist zur Prämienzahlung unbedingt verpflichtet, mag die Nummer gezogen werden oder nicht.[29]) Es ist auch weder ein bedingter Vertrag,[30]) noch ein Innominatvertrag nach der Formel do ut des.[31]) Es ist endlich kein **Miethsvertrag**, obschon der Geschäftsverkehr vielfach vom Miethen der Loose spricht,[32]) und obschon der Name „Heuern" oft als gleichbedeutend mit Miethen begegnet. In Wahrheit bedeutet aber heuern (niederdeutsch hûr, haur) **jedes** Erwerben und Gewinnen, nicht nur das miethweise, sondern auch das kaufweise;[33]) übrigens präjudizirt der Sprachgebrauch in keiner Weise der juristischen Konstruktion. Von einer Miethe kann aber um so weniger die Rede sein, als der Besitz des Looses vor der Ziehung dem Heuerer nur in Folge spezieller Abrede überlassen wird,[34]) nach der Ziehung aber der Heuerer das Loos, falls überhaupt, nicht zum Gebrauch, sondern zum Eigenthum empfängt.[35])

Das Heuergeschäft ist vielmehr eine emtio spei. Bezüglich des reellen Geschäfts ist dies jetzt fast allgemein anerkannt,[36]) aber auch das unreelle Heuergeschäft ist Hoffnungskauf.[37]) Der Unterschied besteht nur darin, dass bei jenem die eigene spes, die eventuelle Gewinnstforderung des Verheuerers gegen den Unternehmer resp. den Emittenten veräussert, in diesem aber eine eventuelle Gewinnstforderung des Heuerers gegen den Verheuerer begründet wird. In beiden Fällen erwirbt aber doch der Heuerer eine Forderung, die sowohl bezüglich des „ob", als bezüglich des „wieviel" ungewiss ist, ein Erwerb, den man wohl in beiden Fällen als Hoffnung zu bezeichnen hat. Da dieser Erwerb der Hoffnung gegen Aufopferung einer in jedem Falle dem Verheuerer zufliessenden Prämie stattfindet, so darf wohl auch in beiden Fällen von einem Kaufe jener Hoffnung gesprochen werden.

11. Das Heuergeschäft ist als Hoffnungskauf an sich gültig und klagbar.[38])

---

[28]) Nur das unreelle H.Gesch. wollen Brinkmann u. Aronheim als Spiel aufgefasst wissen.

[29]) Vgl. oben § 291 Not. 4—6. — Einen anderen Grund gegen die Annahme eines Wettvertrages (Unmöglichkeit der Aufstellung einer Behauptung bezüglich des Zahlungsausgangs) bei Thöl a. a. O.

[30]) A. M. für das unreelle H.Gesch. Thöl u. Gerber; vgl. aber oben § 291 Not. 3 u. Windscheid § 387 Not. 1.

[31]) Bender, Verkehr p. 462; denn der Verheuerer ist im Nichtziehungsfalle der empfangenen Prämie ungeachtet zur Gegenleistung nicht verbunden.

[32]) Fr. Endemann p. 94 Not. 1, Dernburg a. a. O.

[33]) Gareis, R.Lex. p. 194 u. die dort Citirten.

[34]) Vgl. oben Note.

[35]) Bender p. 461.

[36]) So von Thöl p. 1026 Not. 4, Dernburg, Aronheim, Förster-Eccius, Gerber p. 131 Not. 96, Bender, Gareis, Maurenbrecher, auch wohl Mittermaier, II p. 12 spricht von „Analogie des Hoffnungskaufs". Gengler, p. 408 spricht von emtio nominis incerti.

[37]) Vgl. Bender, Dernburg u. Gareis; dagegen nimmt Brinkmann u. Aronheim in diesem Falle Spiel, Thöl p. 1022 u. 1026 Not. 6 eine unechte oder Spielwette, resp. einen bedingten Vertrag an; letzteres auch Gerber.

[38]) Thöl, Gareis, Bender, Gerber, Wolff, Dernburg, Förster-Eccius.

Die Lotterieverbote sollten nur auf das unreelle Anwendung finden; dagegen unterscheidet sich das reelle Heuergeschäft von dem Lotterievertrage sehr erheblich dadurch, dass dort die eigene Hoffnung des Verkäufers, hier eine Hoffnung gegen den Verkäufer käuflich erwerben wird, denn hier steht der Verheuerer in der That seinem Heuerer als Unternehmer einer (irregulären) Lotterie gegenüber.[39]) Gleichwohl meint die Rechtssprechung vielfach, dass jedes Promessengeschäft die Veranstaltung einer neuen selbständigen Lotterie darstelle und somit unter das Strafverbot des § 286 R.Str.G.B. falle.[40]) Manche Staaten haben sich übrigens mit der Anwendbarkeit der allgemeinen Lotterieverbote nicht begnügt, vielmehr noch besondere Strafgesetzgebungen gegen alle Heuergeschäfte oder gegen gewisse Arten desselben[41]) oder endlich wohl auch nur gegen die Heuergeschäfte bezüglich bestimmter Loose[42]) erlassen. Alle verbotswidrig eingegangenen Heuergeschäfte sind für nichtig zu erachten, mag auch die Nichtigkeit nicht besonders vom Gesetzgeber ausgesprochen sein.[43])

12. Werden Loose vor der Ziehung gekauft und unmittelbar nach der Ziehung zu niedrigerem Preis wieder verkauft, so liegt kein Heuergeschäft vor, wenngleich Kauf und Rückkauf zwischen denselben Personen und sogar in Folge eines und desselben Entschlusses abgeschlossen wurden; denn Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist hier nicht die Gewinnsthoffnung, sondern das Loos selbst.

Wohl aber kann unter Umständen der Verkauf auf Wiederkauf nur simulirt sein, um unter dieser Maske die eigentlich beabsichtigte verbotswidrige Veräusserung der blossen, vom Loospapier abgelösten spes zu verbergen. Ob solche Simulation oder ein ernstliches Verkaufs- und Wiederkaufsgeschäft vorliegt, ist Thatfrage. Man wird insbesondere dann diese Simulation anzunehmen berechtigt sein, wenn weder ein Kauf-, noch ein Wiederkaufspreis der nicht tradirten Loose gezahlt werden soll, wenn vielmehr die Kompensation zwischen diesen beiden Preisen von vornherein verabredet, mithin nur die Zahlung der Differenz zwischen beiden ausbedungen ist.[44])

---

[39]) Wolff p. 311, Thöl p. 1028. Vgl. oben p. 43 bei Not. 21.

[40]) Vgl. besonders Oppenhoff Not. 5 zu § 286. Vgl. auch R.G. in Strafsachen I p. 133, 209, II p. 639, III p. 387, IV p. 80, ferner Merkel a. a. O. u. Fr. Endemann p. 147 bei Not. 1. Ein nicht immer zutreffender Unterschied von Heuer- und Lotterievertrag findet sich in Heusers Annalen der Justizpflege 1856 p. 1 (bei Gruchot p. 197 Note). Vgl. auch die Entsch. des R.G. I p. 209 (oben p. 39 Not. 14) u. dazu Fr. Endemann p. 146 Not. 2.

[41]) Vgl. Bender, Lotterie p. 92, Wolff p. 305, Fr. Endemann p. 147, Z. f. H.R. II p. 617, III p. 633 u. die mehrfach citirten Oesterr. Gesetze.

[42]) So die Preuss. Kab.O. v. 27. Juni 1837 betr. das Verbot des Verkehrs mit Promessen zu den Prämienscheinen der Seehandlung oder zu ausländischen mit einer ähnlichen Prämienverloosung verbundenen Staatsanleihen. Diese Kab.O. ist noch in Kraft. Vgl. Entscheid. d. preuss. Ob.Trib. v. 27. März 1856 p. C.R. der Minist. der Fin. u. d. Innern v. 3. Mai 1867.

[43]) Vgl. oben p. 87 ff. A. M. sind Fr. Endemann p. 147 u. für das Preuss. Recht Dernburg p. 406.

[44]) Vgl. K. Sächs. Minist.V. v. 14. Oktbr. 1858 (Z. f. H.R. II p. 617) u. Erk. des Preuss. Ob.Trib. v. 8. Oktbr. 1858 (ebendas. p. 619).

13. Es gibt Lotterieen, namentlich Anlehenslotterieen, bei denen je eine Anzahl Loose je eine geschlossene Gruppe **(Serie)** bilden. Die Ziehung erfolgt hier meist in der Weise, dass zunächst eine Anzahl Serien und sodann aus den sämmtlichen zu jenen gezogenen Serien gehörigen Loose die gewinnenden Nummern mittelst einer späteren Ziehung gezogen werden. Die **Serienziehung** entscheidet mithin darüber, ob ein gewisses Loos an der nächstfolgenden **Nummern- oder Prämienziehung** theilnehmen soll oder nicht; die nachfolgende Nummernziehung entscheidet über den Gewinn selbst.[45] Ein in der Serie gezogenes Loos pflegt zwischen Serien- und Nummernziehung einen höheren Preis zu besitzen, als ein nicht gezogenes.

Es hat sich bezüglich solcher Lotterieen als besondere Abart des Heuergeschäfts die **Serienverheuerung** entwickelt. Der Heuerer verspricht auch hier unbedingt das Heuergeld, der Verheuerer dagegen für den Fall, dass in der Serienziehung eine bestimmte Serie gezogen werden sollte, weder ein bestimmtes Loos, noch einen der ausgesetzten Gewinne, sondern vielmehr die Uebergabe **irgend** eines Looses der gezogenen Serie. Im Zweifel gilt er überdies als befugt, anstatt eines Looses der im Heuervertrage genannten Serie ein Loos irgend einer an der nächsten Nummernziehung theilnehmenden Serie zu überliefern.[46] Unterlässt der Verheuerer die rechtzeitige Lieferung, so haftet er dem Heuerer auf das volle Interesse, welches indes nicht in einem oder gar dem Hauptgewinn der nächsten Nummernziehung besteht.[47]

Bisweilen übernimmt der Verheuerer auch nur die Verpflichtung, falls die bestimmte Serie gezogen werden sollte, irgend ein ganz beliebiges Loos der betreffenden Lotterie dem Heuerer auszuhändigen.[48]

Alle diese Formen des Heuergeschäfts sind Hoffnungskäufe, denn für das Heuergeld wird dem Heuerer als Aequivalent die Aussicht auf einen Gewinn gewährt.[49] Auch sie sind nur insoweit Lotterieen, als der Verheuerer nicht seine eigene spes veräussert hat.

---

[45]) Wolff p. 310. Bei den Lotterieanleihen ist es allerdings üblich, dass alle zu den gezogenen Serien gehörigen Nummern mindestens einen Minimalgewinn erhalten; insoweit ist es wohl für die Mehrzahl der Fälle richtig, dass, wie die Motive des Frankfurter Entwurfs hervorheben, durch die Prämienziehung nicht die Frage entschieden wird, ob ein Gewinn einem in der Serie herausgekommenen Loose zu Theil wird, sondern nur die Frage nach der Grösse des Gewinnes. Indes gibt es doch Lotterieen, bei denen nur einige der zur Serie gehörige Nummern Treffer erhalten, die übrigen aber ganz leer ausgehen. Vgl. Bender, Verkehr p. 469 Not. 2.

[46]) Wolff p. 302 Not. 2, p. 307 Not. 7 u. p. 311. Vgl. auch Dernburg p. 406.

[47]) Vgl. oben p. 70 Not. 3.

[48]) Wolff p. 302 Not. 2. Vgl. auch Oppenhoff Not. 5 zu § 286: „Jeder Vertrag, durch welchen sich Jemand gegen Entgelt dazu verpflichtet, einem Andern je nach dem Ausfall einer anderweitig stattfindenden Loosziehung das betr. Loos oder den Gewinnbetrag oder auch irgend einen anderen Gegenstand zu gewähren (Promessen)."

[49]) Windscheid § 387 Not. 1.

IX. Lotteriegesellschaft und Lotteriebetheiligung.

§ 302.

I. Es können Mehrere an ein und derselben Gewinnsthoffnung betheiligt sein.

1. Es ist dies vielfach und selbst bei den Staatslotterieen planmässig durch Ausgabe von Loosbruchtheilen (halben, viertel Loosen) ermöglicht. Einsatzpflicht und Gewinnforderung reduziren sich hier nach den Bruchtheilen des Looses, bestehen aber zwischen Unternehmer und Theilnehmer unmittelbar. Die Spieler der Loosbruchtheile stehen zu einander in keiner besonderen Beziehung.

2. Nicht selten finden indes freiwillige Vereinigungen mehrerer Personen zum gemeinschaftlichen Lotteriespiel statt **(Lotteriegesellschaften).** Sie bilden sich entweder, um durch gemeinsamen Erwerb **mehrerer** ganzer oder getheilter Loose die Chance, überhaupt herauszukommen, für alle Theilnehmer zu erhöhen,[1]) oder wohl auch um den für den Einzelnen zu hohen Einsatz des **kleinsten** planmässigen Bruchttheils durch vereinte Kräfte aufzubringen, also um planwidrige Weitervertheilung der Loostheile zu bewirken.

3. Die Lotteriegesellschaft ist der Regel nach keine Vereinigung zu Handelsgeschäften im Sinne des Art. 266 des H.G.B. Nur in höchst vereinzelten Ausnahmsfällen, wenn mindestens Einer der Gesellschafter Kaufmann, und der Looserwerb zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig ist, nur dann wird eine handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft anzunehmen sein. Ein solcher Ausnahmsfall läge beispielsweise vor, falls mehrere Loose einer Lotterie, deren Gewinne ganz oder theilweise in Kunstwerken bestehen, von mehreren Kunsthändlern gemeinschaftlich erworben werden in der Absicht, die eventuellen Gewinne weiter zu veräussern. [2])

4. Die Eingehung der Lotteriegesellschaft, auch der nichthandelsrechtlichen, erfolgt gemeinrechtlich formlos. Nach preussischem Landrecht ist dagegen Schriftlichkeit erfordert, so dass der mündlichen Abrede ungeachtet keine Klage auf den Beitrag zur Einlage gewährt wird. Gleichwohl entsteht auch in Preussen

---

[1]) Bender, Lotterie p. 89, 90 Not. 1 u. 113 Not. 1; Busch, Arch. XXVII p. 58 ff.

[2]) Wäre auch unter den Lotteriegesellschaftern nur ein Kunsthändler mit der erwähnten Absicht, so würde doch die Gesellschaft, wenn auch alle anderen Gesellschafter Nichtkaufleute wären, unter den Art. 266 fallen. Vgl. v. Hahn p. 801 Not. 3.

trotz fehlender Schriftlichkeit ein Anspruch der Theilnehmer auf eine entsprechende Rate des etwa gemachten Gewinnes, da communio incidens eintritt.[3])

5. Jeder Gesellschafter einer gültigen Lotteriegesellschaft ist zur Zahlung des vertragsmässigen Beitrags zu den Einsätzen an die zur Einziehung der Beiträge bestimmte Person verpflichtet. Letztere kann ein Gesellschafter oder Nichtgesellschafter sein. Diese Beitragsverpflichtung besteht allen Mitgesellschaftern gegenüber, jeder derselben kann darauf klagen. Die blosse Nichtleistung des Beitrags enthält an sich keinen Verzicht auf den Gewinnanspruch; sie hat daher, vorbehaltlich besonderer Abrede,[4]) die Verwirkung des Anspruchs auf die entsprechende Rate des etwa gemachten Gewinns nicht zur Folge.[5])

6. Der mit der Anschaffung des Looses resp. der Erneuerung oder der Gewinnerhebung beauftragte Theilnehmer macht sich durch Negligenz schadensersatzpflichtig; hat er daher die rechtzeitige Renovation unterlassen oder die Nummern verwechselt, so hat er den Gewinn, der auf die von der Gesellschaft gewählte Nummer ohne sein Versehen gefallen wäre, zu ersetzen. Dies gilt selbst dann, wenn er den Einsatz vorzuschiessen übernommen hatte. Dagegen gebührt ihm der Anspruch auf Erstattung der verauslagten Einsätze Seitens der übrigen Gesellschafter, selbst dann, wenn er die Verauslagung ohne speziellen Auftrag vorgenommen hatte.[6])

7. Der Unternehmer resp. Kollecteur ist selbst dann, wenn ihm von der Einrichtung des Gesellschaftsvertrages Nachricht gegeben worden, nicht verpflichtet, von der Vereinigung Notiz zu nehmen.[7]) Er zahlt insbesondere den Gewinn, ohne sich den übrigen Gesellschaftern haftbar zu machen, auch einem Einzelnen derselben aus, sofern nur dieser Eine planmässig zur Erhebung des Gewinnes (durch Besitz des Looses) legitimirt erscheint. Die Gesellschafter haben nur gegen den Erheber des Gewinnes die Klage auf Herausgabe ihrer Gewinnrate. Der Gewinnerheber haftet natürlich nicht für die Solvenz des Unternehmers.

8. Die Lotteriegesellschaft kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, bezüglich bestimmter oder unbestimmt vieler Klassen oder Lotterieen eingegangen werden. Ob das Eine oder Andere gewollt ist, ist Interpretationsfrage.

Ist vereinbart, eine bestimmte Nummer auf unbestimmte Zeit durch mehrere Lotterieen zu spielen, so gilt als stillschweigende Voraussetzung, dass dem Erwerb der betreffenden Nummer in den nächstfolgenden Lotterieen kein Hinderniss entgegentrete.[8])

Ist gemeinschaftliches Spielen eines Lotterielooses ohne Einschränkung auf

---

[3]) Dernburg § 159 Not. 12. Vgl. auch Preuss. Ger.Ztg. Nr. 21 und das Erk. des R.G. v. 19. Oktbr. 1880 (bei Gruchot XXV p. 741). Förster-Eccius II p. 400 Not. 34.

[4]) Vgl. das Erk. des Preuss. Ob.Trib. v. 13. Septbr. 1844 bei Gruchot p. 193.

[5]) Preuss. Ger.Ztg. a. a. O. Dernburg Not. 13.

[6]) Ger.Ztg. Nr. 31 ad 2 u. 3.

[7]) § 5 der Preuss. Instrukt. v. 1. Mai 1841 bei Gruchot p. 192.

[8]) Entsch. des R.G. v. 19. Oktbr. 1880 (bei Gruchot XXV p. 741). Vgl. oben p. 63 Not. 4.

eine bestimmte Klasse verabredet, so erstreckt sich die Vereinigung im Zweifel[9]) auf alle Klassen der betreffenden Lotterie; denn, wenngleich die Verträge bezüglich der einzelnen Klassen von einander unabhängig sind, und Niemand verpflichtet ist, ein Loos durch mehrere Klassen hindurch zu spielen, so erwirbt doch jeder Spieler, also auch eine Spielgesellschaft, mit dem Loose irgend einer Vorklasse auch das bedingte Anrecht auf die folgenden Klassen bezüglich derselben Nummer.[10]) Verabreden also Mehrere ein Loos bezüglich einer bestimmten Vorklasse erwerben zu wollen, ohne dass sie eine weitere Einschränkung hinzugefügt haben, so liegt darin auch die Abrede, alle die mit jenem Loos verbundenen Rechte, mithin auch das bedingte Anrecht bezüglich der späteren Klassen zu erwerben. Dieses Recht gilt erst dann für aufgegeben, wenn ihm ausdrücklich entsagt ist. Hat daher auch nur einer der Gesellschafter durch rechtzeitige Renovation jenes bedingte Anrecht auf die Nachklasse zum unbedingten gemacht, so gebührt auch der in der Nachklasse auf jene Nummer entfallene Gewinn der Gesellschaft, nicht dem Einzelnen, der die Renovationskosten verauslagt hat.[11])

Der behufs des Spiels in einer **verbotenen** Lotterie geschlossene Gesellschaftsvertrag ist **nichtig**.[12]) Es findet daher weder eine Klage auf den Einsatzbeitrag,[13]) noch eine Klage auf Schadensersatz wegen nicht angeschaffter resp. erneuerter Loose gegen den mit der Beschaffung betrauten Gesellschafter statt. Die Zurückforderung des gezahlten Beitrags ist unstatthaft.[14]) Hat einer der Gesellschafter den Gewinn erhoben, so haben die höchsten Gerichte die Klage auf Herausgabe der Gewinnraten den übrigen Gesellschaftern gewährt;[15]) sie haben damit zwar der aequitas entsprochen, aber freilich eine a. pro socio zugestanden,

---

[9]) Das O.A.G. Jena (Busch XXVII p. 58 ff.) versagte einer Spielgesellschaft den Anspruch auf den Gewinn, weil das durch einen Einzelnen erfolgte Nachsetzen statutarisch ausgeschlossen, sonach als für den Nachsetzenden selbst als geschehen zu erachten war.

[10]) Vgl. oben p. 64 Not. 9.

[11]) Vgl. die Entsch. des O.A.G. Celle (bei Bopp p. 895), des Preuss. Ob.Trib. v. 1. Oktbr. 1836 u. 10. Juli 1851, sowie des R.G. v. 19. Oktbr. 1880 (bei Gruchot XII p. 192 u. XXV p. 741). Vgl. auch Holzschuher p. 773 Note. Dernburg u. die Preuss. Ger.Ztg. a. a. O.

[12]) l. 57 D. XVII 2 u. l. 70 in fin. D. 46, 1. Zwar spricht Ulpian in ersterem Fragment nur von „der malificii societas coïta", indes ergibt sich aus den unmittelbar vorangehenden Worten als Gegensatz die „honestae et licitae rei societas coïta"; hiernach ist unter der „maleficii societas coïta" jede societas zu einer inhonesta oder auch nur illicita res zu verstehen. Vgl. I. A. Seufferts Anmerkungen zu der Entscheidung des O.A.G. München v. 2. April 1849 in den Blättern für Rechtsanwendung XV p. 46.

[13]) Seuffert XIII p. 257 Not. 2.

[14]) l. 3, 8 D. XII, 5. Seuffert a. a. O., aber auch Seuffert IX Nr. 287.

[15]) Vgl. das Erk. des O.A.G. München v. 2. April 1849 in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung XV p. 40—46 (dessen Resultaten und zum Theil auch Ausführungen indes Seuffert motivirt entgegentritt), ferner Erk. v. 18. Mai 1854 in Seufferts Archiv IX Nr. 287, dessen Belegstelle l. 3 D. 47, 22 indes sich nur auf die freiwillige Vertheilung des Vermögens unerlaubter Collegia bezieht. Vgl. auch das Erk. des Preuss. Ob.Trib.

wo societas nulla. Denn wenn auch „das Gesetz nur das Spiel bedroht, nicht den Gewinn entzogen hat", so steht der Anspruch auf den Gewinn zunächst doch nur dem Loosinhaber zu, während die Anderen doch nur auf Grund des Societätsvertrags ein Anrecht auf diesen Gewinn herleiten, d. h. aus einem Societätsvertrage, der vor dem Rechte kein Societätsvertrag ist. Mag der Gewinninhaber auch ex injusta causa besitzen, so steht doch dem Socius, der seine Rate fordert, kein Rechtsgrund zur Seite; er fordert, was das Recht nicht gefordert wissen will, den Gewinn einer ihm verbotenen Lotterie; der Betrag, mit dem der Gewinninhaber sich bereichert, ist kein positiver Schade des Andern, sondern nur ein jenem Anderen entgangener, vom Gesetzgeber reprobirter Gewinn.

9. Der bisher erörterte Lotteriegesellschaftsvertrag ist kein aleatorischer Vertrag, wenngleich die Gesellschaft zum Zwecke des Abschlusses von Hoffnungskäufen errichtet ist.[16]) Die Gesellschafter verkaufen einander keine spes, sondern übereignen sich verhältnissmässige Antheile des Gesellschaftsvortheils, d. h. des eventuellen Forderungsrechts gegen den Unternehmer, und soweit Loosurkunden in Frage kommen, auch das verhältnissmässige Miteigenthumsrecht an diesen Loosen. Der mit der Geschäftsführung beauftragte Socius haftet nur für den Gewinn, soweit er ihn empfangen, er ist kein Unternehmer, kein Kollekteur.

II. Eine Betheiligung mehrerer Personen an der nämlichen Gewinnchance begegnet zuweilen auch ohne vertragsmässige Einigung der Betheiligten untereinander. **(Lotteriebetheiligung.)**[17]) Jeder der Betheiligten erwirbt durch selbständigen Vertrag vom Veranstalter (Betheiliger) eine Quote an einem oder mehreren Loosen. Der Veranstalter ist oft ein Kollekteur der betreffenden Lotterie;[18]) meist spielt er selbst nicht mit. Ueber die Betheiligung empfängt der Betheiligte in der Regel eine Urkunde (Betheiligungs,- Partial-, Kompagnieschein, auch Lotterieaktie genannt). Dieselbe ist oft auf den Inhaber gestellt. Neben dem Kompagniescheine erhält mitunter noch jeder Betheiligte eine bestimmte Anzahl von Unterbetheiligungsscheinen, die ihm die Möglichkeit der weiteren Parzellirung seiner Quote unter andere Personen gewähren. — Das oder die gemeinsam gespielten Loose werden zuweilen im Original bei einem Dritten deponirt; öfter jedoch unterbleibt diese Deposition, mitunter aus dem Grunde, weil der Aussteller der Kompagniescheine diese Loose selbst gar nicht besitzt.

Die Betheiligten haben weder dem Unternehmer, noch einander gegenüber

---

v. 19. Novbr. 1847 (Entsch. XV p. 497), v. 27. Juni 1872 in Striethorsts Arch. 85 p. 293 ff. u. v. 20. Februar 1877 (Seufferts Arch. XXXIII Nr. 24). Vgl. auch Holzschuher p. 327 u. 775, Dernburg p. 418, Preuss. Ger.Ztg. Nr. 12. — A. M. ausser Seuffert auch die beiden ersten Instanzen in dem oben citirten bayrischen Fall, sowie die franz. Jurisprudenz (vgl. Clunet, Journal de dr. intern. II). Vgl. auch A.G. Celle v. 12. Oktbr. 1869 (Seuffert XXIV p. 48 ff.).

[16]) Vgl. Stengels Beiträge XVI p. 188, Preuss. Ger.Ztg. a. a. O.

[17]) Vgl. zum Folgenden Kuntze p. 494 u. Bender p. 89 u. 90, die sich des vieldeutigen Ausdrucks Kompagniespiel oder Lotterie-Kompagnie bedienen.

[18]) Oft ist gerade dieser die Veranstaltung jeder Art von Gesellschaftsspiel untersagt.

Rechte und Pflichten; sie kennen sich oft gar nicht. Sie stehen nur in Rechtsbeziehung zum Veranstalter. Ihm schulden sie die Einsatzbeiträge; von ihm haben sie die Gewinnquote zu fordern. Das Eigenthum der Loose bleibt der Regel nach bei dem Veranstalter, es müsste denn, was selten der Fall ist, ausdrücklich das Miteigenthum den Betheiligten übertragen worden sein. Soweit diese Miteigenthumsübertragung stattgefunden, ist die Veranstaltung ein überall statthafter und gültiger Vertrag über Loosurkunden, anderen Falls ist die Veranstaltung aber nur eine Verschleierung des vielfach verbotenen Verkaufs blosser Gewinnsthoffnungen, mit anderen Worten eine quotenweise Verheuerung.[19])

[19]) Vgl. Z. f. H.R. II p. 617, Entsch. d. R.G. v. 5. Januar 1880 bei Fr. Endemann p. 147 Not. 11 und überhaupt p. 103 Not. 40.

Nachträge:

1. Zur Geschichte der Lotterieen (p. 37) vgl. jetzt noch Krey, Die Leipziger Stadt-Lotterie. Leipzig 1882, besonders p. 18 ff.

2. Zu p. 53 Nr. 6. G. L. Böhmer (auserlesene Rechtsfälle, 1800 II 1. Abthlg., decisio 100 p. 39 ff.) erklärt die Bestellung eines Billets für ein unverbindliches pactum praeparatorium; der Lottohandel selbst werde erst durch Ablieferung und Annahme der Billets und Zahlung perfekt und sei nach der Analogie eines contractus do ut des zu beurtheilen.

3. Zu p. 57 Z. 2 v. o. u. p. 105 ff. Das Reichsgericht hat sich (in einer preussischen Sache) für die Anfechtbarkeit eines Spielgemeinschafts-Vertrages erklärt, bei dessen Abschluss die bereits erfolgte Ziehung des Looses beiden Theilen unbekannt gewesen (Urt. v. 5. Januar 1882, VI p. 290 ff.).

Abschnitt 5.

Bearbeitung und Verarbeitung.

(Von Herrn Professor Dr. Endemann zu Bonn.)

I. Begriff der Bearbeitung und Verarbeitung. Natur des Uebernahmevertrags.

§ 303.

I. **Bearbeitung oder Verarbeitung** ist die Veränderung der Gestalt, welche an körperlichen Sachen absichtlich, wegen des Gebrauchs oder Verbrauchs derselben, vorgenommen wird.[1] Darin liegt inbegriffen, dass die Veränderung namentlich den Zweck haben kann, den Umsatz oder Absatz der Sachen zu fördern.

Von Bearbeitung ist zu reden, wenn durch die Arbeitsthätigkeit, welche auf sie verwendet wird, die Sachen zwar innerlich oder äusserlich modifizirt, verbessert oder umgearbeitet, aber nicht zu anderen gemacht werden; von Verarbeitung dagegen, wenn aus der Arbeitsfähigkeit Produkte hervorgehen, die als andere, neue Sachen erscheinen. Selbstverständlich gibt es der Fälle genug, in denen zwischen Bearbeitung und Verarbeitung schwer zu unterscheiden ist. So kann leicht bezweifelt werden, ob die Hervorbringung von Halbfabrikaten das Eine oder das Andere ist. Indessen kommt darauf insofern wenig an, als unzweifelhaft die hier zu berührenden Rechtsgrundsätze ebenmässig für die Bearbeitung und die Verarbeitung gelten.[2]

Die **Bearbeitung oder Verarbeitung ist hier nur als Handelsgeschäft zu betrachten.** Inwieweit dies der Fall, ergibt sich aus früheren Ausführungen.[3]

[1] Vgl. v. Hahn zu § 272 § 3 z. A.

[2] Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 11; Goldschmidt, H.B. § 52 Not. 5, 10 ff.; v. Hahn zu Art. 272 Not. 6.

[3] S. Bd. 1 § 15 I. — Ueber die fremden Rechte, bez. Cod. de comm. Art. 632, welche die „Manufaktur" oder auch die „Fabrikation" als Handelsgeschäfte regeln, s. Goldschmidt § 52 Nr. 1 u. Behrend, Zusatz zu § 27.

Darnach scheidet, was den Gegenstand betrifft, die Bearbeitung unbeweglicher Sachen aus.[4]) Es handelt sich nur um die Bearbeitung beweglicher Sachen.[5]) Der Begriff bezieht sich ferner nicht auf diejenige Arbeitsunternehmung, die als Ausfluss künstlerischer oder literarischer Thätigkeit zu betrachten ist.[6]) Der Grund ist der, dass, um den Begriff des Handelsgeschäfts zu gewinnen, Gewerbemässigkeit des Betriebs erheischt wird.[7]) Doch hindert der kunstmässige Karakter keineswegs absolut, von einer Bearbeitung oder Verarbeitung im Sinne des H.G.Buchs zu reden. Die Gewerbemässigkeit des Betriebs schliesst nicht immer aus, dass die gewerbliche Thätigkeit nach der herrschenden Ansicht zugleich eine künstlerische sein mag. Sobald erstere da ist, steht nichts im Wege, die Rechtsregeln der Bearbeitung oder Verarbeitung in Anwendung zu bringen. So ist gewiss keine Ursache, die Uebernahme photographischer oder plastischer Vervielfältigung, die nicht selten als Kunstleistung dargestellt wird, die Anfertigung von Stuccaturarbeiten, von Dekorationen u. dgl., die an das Kunstmässige heranreichen, von dem Begriff auszuschliessen. Die Grenzen zwischen Kunst, Kunstgewerbe und gewöhnlichem Gewerbe erweisen sich eben keineswegs immer vollständig scharf.

Andererseits wird vorausgesetzt, dass die Gewerbemässigkeit[8]) über den Umfang blos handwerksmässigen Betriebs hinausgeht.[9])

Handelsgeschäft ist nur die Uebernahme der Bearbeitung von Seiten des Bearbeiters.[10]) Die Bestellung oder Uebertragung kann höchstens auf Grund des Art. 273 als Handelsgeschäft erscheinen.[11])

Ueberhaupt muss festgehalten werden, dass nur diejenige Bearbeitung oder Verarbeitung hieher gehört, welche im Interesse und nach dem Willen des Bestellers vor sich geht; nicht also diejenige, welche der Bearbeiter vornimmt, um die bearbeiteten Sachen zum eigenen Gebrauch oder zur Veräusserung zu benutzen. Was der Besteller mit denselben anzufangen beabsichtigt, ob er sie selber gebrauchen oder verbrauchen will, oder ob er sie weiter zu veräussern gedenkt, ist für den Begriff gleichgültig.[12]) Es versteht sich ferner von selbst, dass hier nur die Uebernahme der Bearbeitung gegen Entgelt, mit Ausschluss also der aus Liberalität oder Gefälligkeit erfolgenden, in Betracht kommt.[13])

---

[4]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 15 u. § 17 Not. 24; über die Bearbeitung beweglicher Sachen, behufs Verwendung in Immobilien das. Not. 12 ff. und § 17 Not. 36 ff.

[5]) Art. 272 Nr. 1. — Beispiele s. bei Behrend § 27 Not. 3; R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 81 (Bergwerksprodukte); Bd. 13 Nr. 53 (Getreide) u. a.

[6]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 6; v. Hahn zu Art. 272 Not. 5; Keyssner zu Art. 272 Nr. 2.

[7]) Art. 272 Nr. 1.

[8]) S. über diesen Begriff Bd. 1 § 15 Not. 2—4.

[9]) Vgl. Bd. 1 § 15 I E.

[10]) Diese freilich unter Berücksichtigung des Art. 277. Vgl. Bd. 1 § 13 Not. 9 ff.

[11]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 7.

[12]) Goldschmidt § 52 Not. 4. Bedenken, welche den Begriff des Handelsgeschäfts stören, traten nur ein wegen Verwendung in Immobilien; s. oben Not. 4.

[13]) Vgl. Bd. 1 § 15 I D und Goldschmidt § 52 Not. 3.

Endlich wird im Ganzen bei dem Begriff des Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäfts unterstellt, dass der Besteller das Material liefert oder in seinem Namen oder wenigstens auf seine Rechnung von einem Andern, der auch der Uebernehmer sein kann, anschaffen lässt. Indessen erweist sich auch dieses Kriterium nicht überall so scharf, als es auf den ersten Blick scheint.

II. Die Uebernahme einer Bearbeitung oder Verarbeitung bedeutet für den Uebernehmer die Verbindlichkeit, den betreffenden Sachen die vertragsmässige Gestaltung zu geben und sie gehörig bearbeitet oder verarbeitet auszuliefern, für den Besteller die Vergütung der Arbeitsleistung zu entrichten. Der Vertrag, der diese Leistung und Gegenleistung begründet, erscheint hiernach, da er entgeltliche Arbeitsleistung zum Gegenstand hat, **als Arbeitsgeschäft.**[14]) Nach den traditionellen Definitionen wird in der Theorie und Praxis dieser Vertrag, da der Arbeitsunternehmer den Erfolg der Arbeitsleistung zu prästiren, die Bearbeitung oder Verarbeitung als sein Werk fertig zu stellen hat, regelmässig als locatio conduitio operis[15]) oder **Werkverdingung**[16]) bezeichnet. Natürlich ist das Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäft nur eine Unterart des Gesammtbegriffs des Arbeitsgeschäfts, der locatio conductio operis oder Werkverdingung.[17])

Mit der letzteren Bezeichnung ist der **Gegensatz gegen die Dienstmiethe,** locatio conduitio operarum, bezeichnet.[18]) Der Unternehmer der Bearbeitung oder Verarbeitung stellt nicht dem Besteller seine Arbeitskraft zur Verfügung, tritt nicht zu diesem in Dienstverhältniss, sondern führt sie als seine selbständige Arbeitsunternehmung aus. Allein auch dieser Gegensatz verliert im praktischen Leben oft an seiner Schärfe. Wenn auch soviel sicher ist, dass bei der durch eigene Leute, Gehülfen, Bedienstete oder Arbeiter auszuführenden Bearbeitung die Erlangung und Uebernahme ihrer Arbeitsleistung nur als Dienstmiethe, locatio conductio operarum, betrachtet werden, hier dagegen nur von derjenigen Bearbeitung oder Verarbeitung die Rede sein kann, welche ein selbständiger, dem Geschäft des Bestellers nicht untergeordneter Geschäftsmann übernimmt, so lässt sich doch nicht verkennen, dass dieses Verhältniss durch

---

[14]) S. über die Nothwendigkeit, nach dem heutigen Begriff der Arbeit (vgl. oben Bd. 2 § 235) diese Rubrik „Arbeitsgeschäfte" aufzustellen, gegenüber der übrigen Unzulänglichkeit des röm. Rechts nach den Verhältnissen der Gegenwart Endemann, H.R. § 151 Not. 1; § 152 Not. 4; vgl. auch Förster, Preuss. Pr.R. Bd. 2 § 138 z. A.

[15]) Sintenis, Civ.R. § 118 Not. 135; Windscheid § 399 Not. 7. — Ueber die Begriffsbestimmung nach Preuss. Recht s. Förster, Preuss Priv.R. Bd. 2 § 138 III. Zweifel, ob z. B. Färben im Sinne des Preuss. Rechts Werkverdingung sei; R.O.H.G. Bd. 12 Nr. 67.

[16]) Goldschmidt § 52, Not. 14, der als Grund der Bezeichnung locatio conductio operis anführt, dass das Geschäft im H.G.B. nicht weiter geregelt ist; v. Hahn zu Art. 272 § 3; Anschütz-Völderndorff, Komm. Bd. 3 S. 31.

[17]) Zur — kaum nöthigen Abwehr — des Gesichtspunktes eines pactum de contrahendo s. R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 51.

[18]) Vgl. über diesen wichtigsten Unterschied oben Bd. 2 § 236 I. — Ueber einem Zweifelsfall nach Preuss. Recht s. R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 108.

manche Umstände an dem Karakter selbständiger Arbeitsunternehmung Einbusse erleiden kann.[19]) Möglicherweise unterwirft sich der Bearbeiter oder Verarbeiter so sehr den Angaben und Weisungen des Bestellers, dass er eigentlich nur die mechanische Ausführung leistet. Er macht sich vielleicht sogar in noch höherem Maasse darin abhängig, als der im Dienste des Bestellers stehende eigene Arbeiter. Oder er übernimmt ständig, vielleicht sogar ausschliesslich, für ein bestimmtes Geschäft die Verfertigung gewisser Arbeiten; wie z. B. als Kleiderverfertiger, der zu diesem Behufe ein so grosses Geschäft haben kann, dass sein Betrieb nicht blos handwerksmässig, sondern fabrikmässig zu nennen ist, für ein gewisses Kleiderverkaufsmagazin die Herstellung von Röcken, ein Mühlenbesitzer das Vermahlen der Frucht für eine gewisse Brodfabrik u. s. w. Man kann alsdann sagen, dass sich der Verfertiger, obwohl Inhaber eines eigenen Geschäfts, zu einem anderen Geschäft in dasselbe Verhältniss stellt, wie der Frachtführer oder Spediteur, der sich von einem anderen Geschäft zu ständigem Verhältniss engagiren lässt.[20])

Um die **Grenze gegen Kauf- oder Lieferungsgeschäft**[21]) zu finden, muss namentlich das Verhältniss der beiden Elemente, Stoff und Arbeitsleistung, auf welchen der Begriff der Bearbeitung oder Verarbeitung beruht, in Erwägung gezogen werden. Nur von diesem Verhältniss ist hier unter dem Begriff der „Verarbeitung oder Bearbeitung“ zu reden. Die Untersuchung, ob der Vertrag über die Lieferung durch Arbeit erst herzustellender vertretbarer Sachen, als Kaufgeschäft, über die Lieferung einer herzustellenden individuellen Sache, eines Kessels, eines Mühlwerks u. dgl. als Werkverdingung erscheint, gehört nicht hieher.[21a]) Im Allgemeinen gilt, gewiss mit Recht, als ausgemacht, dass eine Bearbeitung oder Verarbeitung als Werkverdingung nur dann vorliegt, wenn der Uebernehmer derselben nicht zugleich seinerseits den Stoff hergibt. Ist letzteres der Fall, sei es, dass ihm der zu bearbeitende Stoff bereits gehört, sei es, dass er denselben erst zum Zwecke der Arbeitsausführung produzirt oder auf seine Rechnung anschafft, so handelt es sich nicht blos um Bearbeitung oder Verarbeitung, sondern lediglich um ein Geschäft, durch welches die demnächst fertig gestellten Sachen gegen Zahlung des festgesetzten Preises erworben werden, mithin um ein Kauf-[22]) oder Lieferungsgeschäft, auf welches ohne Weiteres die Regeln des Kaufgeschäfts nach Handels- oder sonstigem bürgerlichen Recht Anwendung leiden.[23]) Die **Bearbeitung oder Verarbeitung** im Sinne der Werkverdingung **setzt also voraus, dass der Stoff von dem Besteller herrührt** und

---

[19]) S. Endemann § 151 Not. 13; vgl. auch Weiske, Rechtslexik. Bd. 7 S. 814 ff.

[20]) S. über dies Verhältniss, welches offenbar der Dienstmiethe, die ja den Arbeiter auch nicht geradezu unfrei erscheinen lässt, nahe steht, Bd. 2 S. 378.

[21]) S. über diese Grenzziehung nach Preuss. Recht R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 30.

[21a]) S. darüber die Entsch. d. R.G. nach Preuss. R., auch Z. f. H.R. Bd. 26 S. 527, 528.

[22]) Windscheid § 401 Not. 13. Goldschmidt, H.R. § 52, III.

[23]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 8; Endemann, H.R. § 152 Not. 3; Behrend § 27 Not. 6. — Ueber die Bedeutung des Unterschieds, ob Kauf- oder Werkverdingung für die Stempelung des Vertrags, s. R.G. Bd. 4 Nr. 68.

zum Zweck der Bearbeitung überantwortet wird. Dies ist zunächst der Fall, wenn der Besteller den Stoff, über den er zu verfügen hat, dem Uebernehmer zu solchem Zweck zuliefert oder durch Mittelspersonen zuliefern lässt. Aber das Verhältniss bleibt dasselbe, wenn nach dem Vertrage der Uebernehmer den Stoff im Namen des Bestellers, also als dessen Repräsentant, oder zwar in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Bestellers, also als dessen Kommissionär zu beschaffen hat.[24]) Es kommt hiernach darauf an, dass der Stoff in diesem Sinne dem Besteller gehört.

So einfach an sich dieses Merkmal erscheint, ergeben sich doch leicht Fälle, in denen dasselbe an Deutlichkeit einbüsst.[25]) Es kann sein, dass der Stoff Eigenthum des Uebernehmers ist, aber durch den Bearbeitungsvertrag an den Besteller veräussert,[26]) also auf dessen Gefahr gestellt, und nach dieser Veräusserung dem Uebernehmer zur Bearbeitung überlassen wird. Alsdann ist ein vorgängiges Kaufgeschäft zwischen dem Uebernehmer als Verkäufer und dem Besteller als Käufer, daran anschliessend aber ein echtes Bearbeitungsgeschäft vorhanden.[27])

Umgekehrt ist es denkbar, dass der Besteller den ihm gehörigen Stoff, der bearbeitet werden soll, an den Uebernehmer der Bearbeitung verkauft oder sonst zu Eigenthum und Gefahr überträgt und dann die aus der Bearbeitung hervorgehenden Gegenstände kauft. Alsdann liegen zwei thatsächlich in Zusammenhang stehende Kaufgeschäfte, auf der Seite des Bestellers eine Veräusserung und eine Anschaffung und auf der Seite des Uebernehmers eine Anschaffung und eine Veräusserung, aber keine Werkverdingung vor. So verhält es sich namentlich, wenn der Stoff von dem Besteller als vertretbar, d. h. dergestalt geliefert wird, dass der Unternehmer nicht den gelieferten Stoff in seiner Identität, sondern ebensogut eine andere Quantität gleicher Art zum Gegenstand seiner Bearbeitung zu machen hat.[28])

Lässt sich schon hiernach nur auf sorgfältige konkrete Prüfung, wie es mit der Lieferung des Stoffes gemeint ist, verweisen, zumal bei der Formlosigkeit der betreffenden Verträge selbst stillschweigend in der einen oder der anderen Weise darüber Vereinbarung getroffen werden kann, so ist auch die weiter gehende Frage nicht abzulehnen, ob überhaupt die Lieferung des Stoffes durch oder für den Besteller stets entscheidend sei. Dass der Begriff des Bearbeitungsgeschäfts nicht darum gestört wird, weil der Uebernehmer zu der Bearbeitung Zuthaten, nebensächliche Bestandtheile u. dgl., die er beschafft, hinzufügt, ist anerkannt.[29]) Aber auch, wenn es sich um Lieferung des gesammten

---

[24]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 8 ff.; v. Hahn a. a. O. § 3.

[25]) Endemann, H.R. § 152 Not. 6. Vgl. R.O.H.G. Bd. 2 S. 287 ff.; Bd. 6 S. 32.

[26]) Behrend § 27 Not. 5.

[27]) v. Hahn a. a. O. S. 31 a. E.; Behrend Not. 7.

[28]) v. Hahn a. a. O. Not. 9. S. auch L. 31 loc. cond. 19, 2; L. 34 pr. de aur. leg. 34, 2; Windscheid § 401 Not. 11.

[29]) v. Hahn a. a. O. S. 32 Abs. 2; Behrend § 26 Not. 20. Vgl. oben Bd. 1 S. 14 Not. 61 ff.

Materials oder eines wesentlichen Theils desselben handelt, erscheint es keineswegs unter allen Umständen ausgemacht, dass nothwendig nicht ein Bearbeitungs-, sondern ein Kauf- oder Lieferungsgeschäft anzunehmen sei.[30]) Unabweisbar macht sich in manchen Fällen die Betrachtung geltend, ob nicht die Leistung der Bearbeitung oder Verarbeitung so sehr als der Hauptgegenstand des Vertrags und der von dem Besteller zu gewährenden Vergütung erscheint, dass die ganze Lieferung des Stoffes nur Nebensache, nur als Mittel der Ausführung der Arbeit zu betrachten ist.[31]) Wo dem so ist, wird, trotzdem in dem Geschäft zugleich eine Veräusserung des Materials von Seiten des Arbeitsunternehmers vorliegt, eben weil die Lieferung des Materials sich als das Untergeordnete darstellt, der Begriff des Arbeitsgeschäfts oder der Werkverdingung nicht zu verleugnen sein.[32])

Anders dagegen, wo die Hergabe des Stoffs als das Wesentliche erscheint, zu der die Bearbeitung oder Verarbeitung gleichsam als etwas blos Accessorisches hinzukommt, oder mindestens gleichbedeutend neben der Arbeitsleistung steht. Alsdann ist es, wenn nicht der Besteller den Stoff hergibt, das Nächstliegende, in dem Geschäft eine Veräusserung des Uebernehmers und eine Anschaffung des Bestellers zu sehen. Ob die eine oder die andere Auffassung am Platze ist, kann nur sorgfältige konkrete Prüfung entscheiden.[33]) Ebenso kann umgekehrt, obwohl die Erzielung der Bearbeitung oder Verarbeitung als das Wesentliche anzusehen ist, selbst wenn der Besteller den Stoff liefert, nicht Werkverdingung, sondern ein Kaufgeschäft anzunehmen sein, sofern die Ablieferung und der Erwerb der fertig gestellten Sachen als der Hauptgegenstand des Vertrags erkannt werden muss.[34]) Im Ganzen wird freilich, wenn man den Gegensatz von Herstellung von Arbeitsprodukten, bei der die Arbeitsleistung die Hauptsache, die Hergabe des Stoffes nur das Untergeordnete ist, und von Bearbeitung, bei der der zu bearbeitende Stoff als das Wesentliche erscheint und nur durch die hinzukommende Bearbeitung in eine andere Gestalt gebracht werden soll, aufstellt, anzunehmen sein, dass der Begriff der Bearbeitung oder Verarbeitung gewöhnlich den letzteren Sinn hat, dass also auch nach der Meinung des Handelsgesetzbuchs Bearbeitung oder Verarbeitung als blosse Umgestaltung der alten Sachen von der Herstellung ganz neuer Sachen aus irgend einem Stoff begrifflich verschieden ist. Ob dann letztere als Werkverdingung oder als Lieferungsgeschäft zu betrachten sei, ist eine weitere Frage.

---

[30]) Windscheid § 401 Not. 13.

[31]) Vgl. auch oben Bd. 1 § 27 Not. 44.

[32]) Ueber die Auffassung des röm. Rechts s. Windscheid § 401 Nr. 3. Dabei ist zu beachten, dass das röm. Recht die Arbeit in ihrer heutigen Bedeutung (s. Bd. 1 § 235) nicht kennt, mithin viel mehr, als heute zugestanden werden darf, geneigt ist dem Element des Materials den Vorzug vor dem der Arbeitsleistung einzuräumen und folglich den Gesichtspunkt des Kaufs hervorzukehren. Vgl. Endemann, H.R. § 150 Not. 8. — Vgl. auch die Entsch. d. R.G. in der Z. f. H.R. Bd. 26 S. 527 unten 1 b.

[33]) Vgl. auch Bd. 1 § 14 Not. 26.

[34]) So das von Keyssner zu Art. 338 Nr. 3 mitgetheilte Erk. d. R.O.H.G. vom 7. Novbr. 1871 u. R.G. G. Bd. 1 Nr. 29.

Hier handelt es sich vorwiegend um die Bearbeitung und Verarbeitung, welche Umgestaltung, nicht Neuproduktion bezweckt.

III. Für diejenige Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung, welche Handelsgeschäft ist, **gelten die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, eventuell die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht.** [35]) Da das Handelsgesetzbuch darüber Spezialbestimmungen nicht enthält, handelt es sich in den ersteren Beziehungen nur um die Anwendung der dort ertheilten allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte. Soweit die Handelsgeschäftseigenschaft fehlt, ist überall blos das sonstige bürgerliche Recht maassgebend.

Wenn auch in dem einen oder in dem anderen Fall, wo besondere Vorschriften über die Bearbeitung oder Verarbeitung, oder über das ganze Werkverdingungsgeschäft nicht vorhanden sind, von einer direkten Anwendung der für andere Rechtsgeschäfte nach dem Handelsgesetzbuch bestehenden Rechtsregeln nicht die Rede sein kann, so bringt es doch die Natur der Sache mit sich, dass manche der letzteren analog auch hier anzuwenden sind. Namentlich lässt sich bei der nahen Verwandtschaft mit dem Kauf- oder Lieferungsgeschäft, die trotz der begrifflichen Trennung sich geltend macht, gar nicht vermeiden, eine Reihe von darauf bezüglichen Sätzen auch bei dem Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäft in entsprechende Anwendung zu bringen. [36])

Davon abgesehen, und, wenn auch Handelsgebräuche fehlen, kann nur auf das sonstige bürgerliche Recht, also auf das Partikularrecht, verwiesen werden. Indessen enthalten keineswegs alle Partikularrechte nähere positive Bestimmungen über die Werkverdingung, oder noch spezieller über Bearbeitung und Verarbeitung. Bemerkenswerth ist namentlich, dass das Preussische Landrecht ausführlicher die Werkverdingung regelt. [37])

---

[35]) H.G.B. Art. 1.

[36]) Dies wird in eingehender Ausführung anerkannt in einer Entsch. des R.O.H.G. Bd. 14 Nr. 19. Vgl. auch die dortigen Citate älterer Entscheidungen.

[37]) Allg. Preuss. L.R. I 11 § 928 ff. Ueber die Definition der Werkverdingung s. oben Not. 15. — Gerade um das Preuss. Recht drehen sich die meisten Entscheidungen des R.O.H.G. u. R.G. über Werkverdingung.

II. Der Abschluss des Vertrags.

§ 304.

Der Vertrag wird zwischen dem Besteller und dem Uebernehmer der Arbeit **durch Willenseinigung über die Art und den Umfang der Bearbeitung oder Verarbeitung und die dafür zu leistende Vergütung perfekt.** Als Handelsgeschäft nach Art. 317, ohne dass es weiterer Förmlichkeiten, namentlich schriftlicher Abfassung, bedarf. Inwieweit der Vertragsschluss sonst, wo das Geschäft nicht Handelsgeschäft ist, solche erheischt, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Die Bestimmung der Arbeit kann nach Umfang, Ort, Zeit, Qualität und andere Modifikationen sehr verschieden sein. Ebenso hat in der Festsetzung des Preises oder der Vergütung desselben der freie Wille vollen Spielraum. Nicht immer braucht die Vereinbarung eine ausdrückliche, ebensowenig die Festsetzung des Umfangs und Preises eine absolut bestimmte zu sein. Vielmehr genügt auch relative Bestimmtheit. Ueberhaupt verhält es sich in allen diesen Punkten nicht anders als bei dem Kaufvertrag. [1]) Oft kann die Fixirung der Arbeitsleistung und vollends des Lohnes stillschweigend so geschehen, dass auf die usuell bestehenden Sätze zu rekuriren ist.

Darnach ergibt sich auch für die **Auslegung des Vertrags,** z. B. in Betreff der Zeit der Erfüllung, der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der letztern überall die Analogie des Kaufvertrags. [2]) Besonders zu beachten ist einmal in manchen Fällen, ob die Arbeit ihrer Beschaffenheit nach so sehr als eine speziell persönliche Leistung gemeint ist, dass sie nur von dem Uebernehmer selbst, oder wenigstens nur in dessen eigenem Geschäftsbetrieb ausgeführt werden soll, oder ob sie so gemeint ist, dass sich dieser nicht nur seiner eigenen, sondern auch fremder Leute zur Ausführung bedienen, vielleicht sogar die ganze Ausführung, auf sein oder des Bestellers Risiko, weiter vergeben darf. Darüber lässt sich nur im konkreten Fall entscheiden.[3]) Die Möglichkeit, dass die Arbeitsleistung

---

[1]) Vgl. oben Gareis Bd. 2 § 262 V.

[2]) Vgl. über dies Alles Endemann § 151 I und Weiskes Rechtslexikon Bd. 7 S. 809 ff.

[3]) Endemann § 151 Not. 21; vgl. auch Windscheid § 401 Not. 3a.

einen vertretbaren Karakter in dem berührten Sinn hat, lässt sich nicht bezweifeln.[4])

Ein anderer für die Beurtheilung des Verhältnisses wichtiger Punkt ist ferner, **ob der Uebernehmer der Bearbeitung die Ausführung** innerhalb der vertragsmässigen Festsetzung über die Beschaffenheit der von ihm bearbeitet abzuliefernden Sachen **völlig selbständig zu bewirken hat,** oder ob er auch noch während der Ausführung von Ordres oder Anweisungen des Bestellers abhängig sein soll. Es ist bereits bemerkt worden, dass dies sogar in solchem Maasse der Fall sein kann, dass der Begriff der selbständigen Arbeitsunternehmung unsicher wird.[5])

Ist der Vertrag einmal perfekt geworden, so existirt ein Recht einseitigen Widerrufs, wegen veränderter Verhältnisse, wenn es nicht übereinkunftsmässig vorbehalten ist, weder für den Besteller, noch für den Uebernehmer der Bearbeitung. Inwiefern Unmöglichkeit der Ausführung oder Unbrauchbarkeit der Bearbeitung die Befugniss, von dem Vertrage zurückzutreten, begründet, ist unten im Zusammenhang mit den Folgen der Nichterfüllung des Vertrags zu berücksichtigen.[6])

Durch den Tod des Bestellers wird im Zweifel das Vertragsverhältniss nicht gelöst, vielmehr dauert dasselbe für die Rechtsnachfolger mit dem Uebernehmer, wenn nichts anderes ausgemacht ist, fort. Das würde selbst dann [7]) anzunehmen sein, wenn man die Bestellung nur als „Auftrag“ betrachten wollte; geschweige denn, wenn sie Arbeitsgeschäft oder Werkverdingung in dem oben dargestellten Sinn ist. Nicht minder geht bei dem Tod des Uebernehmers das Vertragsverhältniss auf dessen Rechtsnachfolger über; es sei denn, dass die Ausführung der Bearbeitung als eine höchst persönliche Aufgabe erscheint.

---

[4]) Das führt auch die oben § 303 Not. 34 erwähnte Entscheidung des R.O.H.G. aus. — Ueber die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Ausführung s. § 306 Not. 6 ff.

[5]) S. oben § 303 Not. 18 ff.

[6]) S. unten § 306 V.

[7]) Nach dem Prinzip des H.G.B. Art. 297.

III. Die Wirkungen des Vertrags.

§ 305.

A. Lieferung des Stoffs und Erhaltung desselben.

I. Nach dem strengeren Begriff der Bearbeitung oder Verarbeitung hat der Besteller den Stoff zu liefern.[1]) Dies geschieht entweder so, dass ihn der Besteller übergibt, oder so, dass ihn der Uebernehmer für Rechnung des ersteren anschafft. In beiden Richtungen liegt dem Besteller volle Sorgfalt ob. In dem einen Fall hat er für die Zulieferung des dem Vertrage entsprechenden, zu der Bearbeitung geeigneten Stoffes zu sorgen; in dem anderen kommt es nach dem Vertrag möglicherweise darauf an, dass er dem Uebernehmer die Mittel der Anschaffung stellt, oder ihn deshalb deckt u. dgl. Liefert er selbst, so steht er für die gehörige Beschaffenheit ein, haftet also dem Uebernehmer für allen Schaden, wenn diesem durch fehlerhafte Beschaffenheit die Bearbeitung vereitelt oder erschwert, oder wenn ihm gar positiver Schaden zugefügt wird.[2])

Zur Erfüllung der Schuldigkeit des Bestellers gehört namentlich auch die Rechtzeitigkeit der Zulieferung des Materials. Bei Verzug, der dem Uebernehmer den Beginn der Bearbeitung unmöglich macht, wird es sich nicht blos um Schadensersatz, sondern auch darum handeln, ob das rechtswidrige Verhalten des Bestellers nicht einen Grund abgibt, die Ausführung und Bearbeitung abzulehnen. Gewiss kann nicht unter allen Umständen dem Uebernehmer zugemuthet werden, trotz der Verspätung sich doch noch der Bearbeitung zu unterziehen.

Nicht minder ist es Pflicht des Bestellers, den Bearbeiter mit den nöthigen Anweisungen über die Art der Ausführung vollständig und rechtzeitig zu versehen. Auch in dieser Richtung erscheint er für jedes Verschulden haftbar.[3]) Hat der Uebernehmer auf eigene Rechnung den Stoff zu beschaffen, so ist die gehörige Erfüllung dieser Verpflichtung Voraussetzung oder integrirender Bestandtheil seiner Verbindlichkeit, demnächst die Arbeitsprodukte in gehöriger Beschaffenheit zu liefern.

---

[1]) S. oben § 303 bei Not. 23.

[2]) L. 13 § 5; L. 33 loc. 19, 2.

[3]) Sintenis, Civ.R. § 118 Not. 157; Endemann, H.R. § 151 III a. E.

II. Die Hauptverbindlichkeit des Uebernehmers, die Bearbeitung auszuführen, bringt es mit sich, dass zunächst auch von einer Verpflichtung des Uebernehmers in Bezug auf die **Aufbewahrung und Erhaltung** des Stoffs, welcher den Gegenstand der Bearbeitung oder Verarbeitung bildet, zu reden ist. Dabei muss unterschieden werden.

A. **Liefert der Besteller den Stoff** und zwar:

1. **dergestalt, dass der Stoff nicht dem Uebernehmer zu Eigenthum** übergeben, sondern nur zu dem Zweck der Bearbeitung anvertraut wird, so hat der letztere, wenn nicht der Vertrag anders bestimmt, ihn mit voller Sorgfalt zu verwahren. Was dazu gehört, ist, wie in anderen Fällen der Aufbewahrungspflicht, konkrete Frage. Namentlich kann auf das hingewiesen werden, was über die Aufbewahrung der Waare von Seiten des Verkäufers zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrags zu sagen ist.[4]) Diese Sorge für die Erhaltung des Gegenstandes der Bearbeitung folgt von selbst aus dem Wesen des Geschäfts,[5]) auch wenn nicht gerade die Verwahrung ausdrücklich als eine besondere Arbeitsleistung um besonderen Lohn [6]) in Erscheinung tritt. Darnach ergibt sich die Haftbarkeit des Uebernehmers für Diebstahl [7]) oder andere Ereignisse, die bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt abzuwenden waren, geschweige denn für solche Beschädigungen und Verluste, welche direkt durch sein oder seiner Leute schuldhaftes Verhalten verursacht worden sind.

Für unverschuldete Ereignisse, welche die Beschädigung oder den Untergang des ihm nicht gehörigen Materials herbeiführen, steht der Uebernehmer, sofern er nicht besondere Garantie auf sich genommen hat, nicht ein.

2. Ist aber **der Stoff dem Uebernehmer so geliefert worden, dass er durch Veräusserung von Seiten des Bestellers Eigenthümer desselben geworden ist,** wie namentlich da der Fall, wo dem Uebernehmer vertretbarer Stoff so überliefert wurde, dass er denselben anderweit verwenden und dafür eine andere Menge gleichen Stoffs in Arbeit nehmen mag, [8]) so lässt sich nicht sowohl von einer Aufbewahrungspflicht, als vielmehr nur davon reden, dass der Uebernehmer im eigenen Interesse zu verwahren hat. Geht der so gelieferte Stoff bei ihm unter, sei es durch sein Verschulden, sei es durch Zufall, so geht er ihm unter. Er hat für Ersatz zu sorgen. Vermag er solchen nicht anzuschaffen, so ist er nicht im Stande, der Verbindlichkeit der Arbeitsleistung und Ablieferung zu genügen; und dabei kommt dann nicht nur in Frage, ob der Unter-

---

[4]) Thöl, H.R. § 77 Not. 7; Endemann, H.R. § 111 II. Auch hier kann also die Frage entstehen, ob Aufnahme einer Versicherung zu dem Begriff sorgfältiger custodia gehört. — Ueber den Fall, wo eine Gesellschaft zur Bearbeitung der Sachen der Gesellschafter Versicherung für ihr Material aufnimmt, s. R.O.H.G. Bd. 24 Nr. 84.

[5]) Endemann, H.R. § 151 Not. 16.

[6]) Wie nach L. 40, 41, 60 § 9 loc. 19, 2.

[7]) L. 60 § 2 eod. 19, 2.

[8]) S. oben § 303 Not. 28.

gang des Stoffs ein verschuldeter war, sondern auch möglicherweise, ob in der Beschaffung des Ersatzes die nöthige Sorgfalt angewendet worden ist.[9])

B. **Hat der Uebernehmer den Stoff zu liefern,** was geschehen kann, ohne dass dadurch der Begriff des Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäfts unmöglich gemacht wird,[10]) mag er den Stoff schon bereit haben, oder erst anschaffen, so versteht sich von selbst, dass in diesem Falle der Uebernehmer die Gefahr trägt, mithin für Ersatz zu sorgen hat, wenn das Material zu Grunde geht oder untauglich wird.[11])

§ 306.

B. Ausführung der Bearbeitung und Ablieferung.

Der Uebernehmer hat die Bearbeitung oder Verarbeitung mit voller Sorgfalt auszuführen, wie vereinbart worden ist.[1]) Jedes Verschulden macht ihn haftbar; mindestens für Schadloshaltung, vielleicht aber auch insofern, als das Ergebniss seiner Arbeitsleistung, weil ein dem Vertrage nicht entsprechendes, nicht als Erfüllung angenommen zu werden braucht.

I. **Vertragsmässige Ausführung** heisst:

A. Er hat vor Allem **den Sachen durch seine Thätigkeit diejenige Qualität beizulegen,** welche durch die Bearbeitung oder Verarbeitung erzielt werden soll. Dafür ist die ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft maassgebend;[2]) vielleicht auch successive Anweisung des Bestellers, sofern nach der Uebereinkunft, worüber nur nach dem konkreten Vertrag und den konkreten Verhältnissen zu urtheilen ist, eine solche Einwirkung des Bestellers auf die Ausführung und eine Verbindlichkeit des Uebernehmers, derartiger Anweisung Folge zu leisten, begründet erscheint.[3])

An sich genügt der Uebernehmer gewiss seiner Schuldigkeit, wenn er genau den Anweisungen oder der Vertragsfestsetzung folgt. Indessen muss doch hier wie bei anderen Arbeitsgeschäften[4]) anerkannt werden, dass es Fälle gibt, wo nach dem Begriffe des anzuwendenden Fleisses, der sich insbesondere aus den dem Unternehmer ertheilten Anweisungen oder den ihm bekannten Intentionen des Arbeitgebers zunächst bestimmt, eine Abweichung von den ertheilten Anweisungen nicht nur gerechtfertigt, sondern unter Umständen sogar geboten sein kann. Sieht der Arbeitsunternehmer ein, dass buchstäbliche Folgeleistung offen-

---

[9]) Ueber den Einfluss des unverschuldeten Untergangs und der unverschuldeten Unmöglichkeit, Ersatz zu beschaffen, auf die Verpflichtung der Ausführung s. unten § 306 Not. 32 ff.

[10]) S. § oben S. 115.

[11]) Endemann § 151 Not. 17.

[1]) L. 25 § 3 h. t. 19, 2.

[2]) L. 25 § 3 h. t. 19, 2.

[3]) Dass das, sogar in einer die Selbständigkeit der Bearbeitung intensiv beschränkenden Weise vorkommen kann, s. oben § 303 Not. 19 ff.

[4]) Z. B. bei dem Frachtgeschäft.

bar zum Schaden des Arbeitsgebers gereichen würde, so kann es wohl als seine Sorgfaltspflicht erscheinen, dass er darauf aufmerksam macht und wo möglich andere Anweisung einholt, oder auch dass er, wenn solches nicht thunlich, auf eigenes Risiko anders verfährt. Was, soweit keine besonderen Stipulationen oder zu befolgende Anweisungen vorliegen, zur vollen Sorgfalt der Ausführung gehört, kann nur je nach dem Karakter der Bearbeitung, sachverständiges Ermessen, nöthigenfalls unter Beihülfe von Experten gefunden werden.[5])

B. **Die Ausführung muss eine quantitativ vollständige** sein. Ob nach dem Vertrag eine theilweise Ausführung gar nicht als Erfüllung desselben, oder ob sie immerhin als theilweise Erfüllung gelten darf,[6]) die folgeweise den Anspruch auf Zahlung eines entsprechenden Theils des Preises rechtfertigt,[7]) ist die gleiche Frage, wie bei theilweiser Erfüllung eines Kauf- oder Lieferungsgeschäfts.[8]) Auch hier kann nur die erkennbare Vertragsabsicht, ob die Gesammtleistung theilbar oder untheilbar gemeint ist, entscheiden.

C. Ferner ist je nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung **Rechtzeitigkeit erforderlich**. Dabei kann nichts im Wege stehen, die Grundsätze über fixe Zeitbestimmung, die bei dem Kaufgeschäft bestehen, auch hier analog anzuwenden. Wenn auch das sonstige bürgerliche Recht davon nichts erwähnt,[9]) erscheint es doch vollkommen zulässig, durch feste Zeitbestimmung die Rechtzeitigkeit der Erfüllung so sehr zu einem wesentlichen Moment der übernommenen Verbindlichkeit zu machen, dass füglich auf die Thatsache der Nichterfüllung zum fixen Termin hin, ohne dass es der Untersuchung, ob Verzug vorliegt, weiter bedarf dieselben Folgen eintreten wie bei dem fixen Kaufgeschäft, mithin keineswegs nachträgliche Erfüllung angenommen zu werden braucht. Dafür spricht schon, dass in der Uebernahme der Bearbeitung stets auch die Verbindlichkeit der Lieferung der bearbeiteten Sachen, analog der Lieferung gekaufter oder aus Lieferungsgeschäft zu liefernder Waaren mitenthalten ist.

Die Analogie der Erfüllung des Kaufgeschäfts erscheint selbstredend auch wirksam, wo mangels fixer Zeitbestimmung bei Nichterfüllung gefragt werden muss, ob Verzug des Uebernehmers vorliegt; es sei denn dass das Partikularrecht besondere Bestimmungen enthält.[10])

Ueber Sicherung der rechtzeitigen Fertigstellung oder Ablieferung durch Konventionalstrafe,[11]) durch Pfandbestellung u. s. w. ist nichts besonderes zu sagen.

D. Eine nur nach Maassgabe des einzelnen Falls zu beantwortende Frage ist; **ob der Uebernehmer die Arbeit der Umgestaltung nur persönlich vor-**

---

5) Endemann, H.R. § 151 Not. 11.
6) R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 116.
7) Beispiele s. L. 30 § 3, L. 36, 51 § 1 h. t. 19, 2.
8) Vgl. Endemann, H.R. § 106 Not. 12.
9) Vgl. L. 137 § 3 de V.O. 45, 1.
10) S. über Rücktritt wegen Verzugs nach Preuss. Recht R.O.H.G. Bd. 14 Nr. 120.
11) L. 72 § 1; L. 113 pr. de V.O. 45, 1; Sintenis a. a. O. Not. 150.

nehmen, oder sich dazu der Beihilfe Anderer bedienen oder gar die Bearbeitung an Andere vergeben darf, ohne dass darunter die Vertragsmässigkeit der Erfüllung leidet.[12] Da die künstlerische Bearbeitung, der regelmässig ein höchst persönlicher Karakter beizumessen ist,[13] hier nicht in Betracht kommt,[14] ist im Ganzen bei dem Geschäft der Bearbeitung oder Verarbeitung, zumal wo es gewerbmässig über den Umfang des Handwerks hinaus betrieben wird, ein solcher streng persönlicher Karakter nicht vorauszusetzen. Ausführung durch Gehülfen und Arbeiter, die der Uebernehmer zu diesem Zwecke hält oder engagirt, erscheint also an sich zulässig und gewöhnlich.[15] Doch bleibt immer die Möglichkeit bestehen, dass nach dem Vertrag Ausführung durch die bestimmte Person erfolgen soll. Andererseits wird auch da, wo nicht Arbeitsleistung lediglich des Uebernehmers selbst gemeint ist, keineswegs stets angenommen werden dürfen, dass der Uebernehmer ohne im Vertrag oder nachher ertheilte Zustimmung des Bestellers berechtigt sei, die Bearbeitung ganz oder theilweise an einen Anderen zu vergeben.[16] Regelmässig will der Besteller die Bearbeitung im Geschäfte des Uebernehmers und nur in diesem.

Für die Leute, deren sich der Uebernehmer bei seiner Ausführung bedienen kann oder bedienen muss, hat er ebenso wie für die Beschaffung der dazu erforderlichen sachlichen Mittel und Zuthaten zu sorgen.[17] Mögen seine eigenen Gehülfen oder Angestellten hierbei thätig, oder mögen fremde Arbeitskräfte zu diesem Behufe herbeigezogen werden, so steht der Uebernehmer für deren Thätigkeit insofern ein, als er den Erfolg der als sein Unternehmen erscheinenden Bearbeitung oder Verarbeitung zu prästiren hat.[18] Folgeweise haftet er auch für allen Schaden, den sie an den zu bearbeitenden Sachen des Bestellers anrichten;[19] nicht etwa blos für Verschulden in der Auswahl der von ihm benutzten Kräfte.[20] Das ergibt sich mit Nothwendigkeit aus dem Wesen der Arbeitsunternehmung[21] und ist daher hier nicht minder anzuerkennen, wie bei dem Frachtgeschäft.[22]

Eine ganz andere Frage, als die der Haft des Arbeitsunternehmers gegenüber dem Besteller, ist die, ob und in welcher Weise der erstere für den Schaden haftet, welcher in Ausführung der Arbeit durch seine Leute Dritten

---

[12]) Windscheid § 401 Not. 3a.

[13]) R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 9.

[14]) S. oben § 303 Not. 6.

[15]) Auch nach Preuss. Recht; über das Verhältniss der Plangebung und obersten Leitung zur Arbeitsausführung im Begriff der Werkverdingung R.O.H.G. Bd. 11 S. 158.

[16]) Sintenis a. a. O. Not. 151, 152.

[17]) Weiske, Rechtslex. Bd. 7 S. 813. S. auch oben § 303 Not. 29.

[18]) L. 25 § 7 h. t. 19, 2; Sintenis § 118 Not. 153.

[19]) R.O.H.G. Bd. 1 Nr. 73; Bd. 4 Nr. 50; Bd. 13 Nr. 25.

[20]) S. über das röm. Recht und die daran sich knüpfenden Kontroversen Windscheid § 401 Not., § 6; dann Ubbelohde, Zeitschr. f. H.R. Bd. 5 S. 199; Goldschmidt das. Bd. 16 S. 287 ff.

[21]) Endemann, H.R. § 151 Not. 22.

[22]) H.G.B. Art. 400.

verursacht wird. Sie kann wie bei einer jeden Unternehmung oder Werkverdingung so auch insonderheit bei der Bearbeitung oder Verarbeitung entstehen. Das Handelsrecht enthält darüber keine eigenthümlichen Vorschriften und das sonstige bürgerliche Recht lautet verschieden oder wird verschieden aufgefasst.[23]) Nach der Ansicht, die vielfach in der Praxis vertreten wird, haftet der Unternehmer für die beschädigenden Handlungen seiner Leute Dritten nur, insofern er deshalb eine Garantie übernommen hat oder durch Ertheilung seiner Anweisungen, aus deren Befolgung die Beschädigung hervorgegangen ist, als deren indirekter Urheber erscheint. Indessen entspricht es sicher dem Wesen der Arbeitsunternehmung besser, denselben nicht nur für den Schaden haften zu lassen, der aus seiner eigenen, persönlichen Thätigkeit entspringt, sondern auch für den Schaden, den seine Leute Dritten verursachen; vorausgesetzt, dass solche Handlungen der Leute, Gehülfen, Arbeiter u. s. w. die Ursache der Beschädigung bilden, von denen man sagen muss, dass sie immerhin von ihnen in dieser ihrer Eigenschaft und innerhalb der ihnen behufs der Ausführung der Arbeit übertragenen Thätigkeit vollzogen worden sind. Von Haft des Unternehmers für Handlungen, die ganz ausserhalb dieses Gebietes liegen, wie für selbständige Delikte oder Rechtswidrigkeiten, die mit der den ausführenden Organen zugewiesenen Aufgabe in keinem Zusammenhang stehen, kann natürlich nicht die Rede sein. Wie weit hiernach Haftbarkeit zu unterstellen ist, bedarf sorgfältiger Prüfung.

In wiefern endlich der Unternehmer der Bearbeitung für Beschädigung der Personen der Arbeiter bei Ausübung ihrer Arbeitsthätigkeit nach dem Gesetz vom 7. Juni 1871, das eine gewisse Haftbarkeit der Fabrikunternehmer begründet, einsteht, ist an anderer Stelle darzustellen.[24])

II. An die Verbindlichkeit der Ausführung der Bearbeitung schliesst sich für den Uebernehmer **die Verbindlichkeit an, die fertiggestellten Sachen** an den Besteller oder dessen Beauftragten **abzuliefern.** Einer Ablieferung oder Auslieferung bedarf es selbst da, wo nach dem Vertrag der Besteller die fertigen Sachen abzuholen hat. Sie ist, insofern der Bearbeiter sie durch die Bearbeitung in seinem Gewahrsam hat, stets Bestandtheil seiner Vertragsverbindlichkeit. In welcher Weise, ob insbesondere der Uebernehmer zu bringen oder der Besteller zu holen hat, lässt sich nur im einzelnen Fall beurtheilen. In Bezug auf die Uebergabe und Ablieferung aber müssen der Natur der Sache nach, wenn auch noch so sehr Bearbeitungs- und Kauf- oder Lieferungsgeschäft unterschieden werden mögen, die Regeln zu entsprechender Anwendung gelangen, welche in Betreff der Erfüllung des Kaufgeschäfts bestehen.[25]) Dass, wenigstens in der Regel, die bearbeiteten Sachen Eigenthum des Bestellers sind,

---

[23]) Ueber die höchst mangelhaften Sätze des röm. Rechts, deren Beschaffenheit sich wieder daraus erklärt, dass der Begriff der Unternehmung durch seine Arbeit verkümmert ist, s. Wäntig, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen § 33 ff.

[24]) S. unter Abschnitt 10 dieses Buchs. — Ueber die Stellung des Unternehmers nach der Gewerbeordnung und daraus entspringende Verpflichtungen s. Bd. 1 §§ 38, 39.

[25]) Vgl. daher Gareis oben in Bd. 2 § 272.

dass es sich also nicht um eine Veräusserung des Bestellers handelt, schliesst nicht aus, dass im Uebrigen die Art der Ablieferung dieselbe ist. Daher erscheint es namentlich unvermeidlich, die auf das Distanzgeschäft bezüglichen Vorschriften analog anzuwenden,[26]) wo die Bearbeitung und Verarbeitung, wie sehr oft der Fall, die Verbindlichkeit zu einer Lieferung der fertig gestellten Sachen mit anschliessendem Transport in sich begreift.

III. Aus dem bisher Bemerkten erhellt bereits, dass **der Unternehmer** der Bearbeitung oder Verarbeitung, indem er für deren Erfolg, Fertigstellung und Lieferung einzustehen hat, hierbei **für jedes Verschulden in der Ausführung haftet**; und zwar nicht blos für das ihm selbst, sondern auch für das seinen zur Ausführung benutzten Leuten zur Last fallende.[27]) Andererseits ist aber auch der Unternehmer gehalten, Handlungen zu unterlassen, welche die Ausführung der Bearbeitung oder die Ablieferung stören. Verschulden oder sonst rechtswidriges Verhalten in dieser Beziehung berechtigt den Uebernehmer nicht nur Schadloshaltung zu fordern, sondern muss ihm auch Grund geben können, vorbehältlich der Entschädigung für die gemachten Aufwendungen an Stoff, Geld und Arbeit, von dem Vertrag abzugehen.[28]) Unmöglich lässt sich in solchem Fall immer verlangen, dass der Uebernehmer dennoch den Vertrag erfülle.

IV. Was die **Gefahr unverschuldeter Ereignisse** anbelangt, ist zu unterscheiden zwischen derjenigen, welche die den Gegenstand der Bearbeitung bildenden Sachen, derjenigen, welche die Ausführung der übernommenen Arbeitsleistung und derjenigen, welche die fertig gestellten Sachen trifft.[28a])

A. Die erstere trägt, abgesehen von besonderer Vertragsbestimmung, nach der gewöhnlichen Regel der Eigenthümer. Es kommt daher gerade in dieser Beziehung auf das oben[29]) berührte Verhältniss an, ob der Stoff der Bearbeitung dem Besteller gehört und von diesem nur zum Zweck der Bearbeitung anvertraut wird,[30]) oder ob derselbe von Haus aus oder durch Uebergabe von Seiten des Bestellers sich im Eigenthum des Unternehmers befindet.[31])

B. **Wird die Ausführung der Bearbeitung unverschuldet dem Unternehmer derselben unmöglich**, wohin namentlich auch der Fall gehört, wo der Stoff zu Grunde geht und Ersatz desselben, weil er nicht stattfinden kann, oder nicht stattzufinden braucht, nicht eintritt, so trägt im Zweifel der Arbeitsunternehmer die Folgen. Er steht eben für den Erfolg ein.[32]) Das heisst: die unverschuldete Unmöglichkeit befreit ihn von der Verbindlichkeit der Erfüllung, nimmt ihm aber auch, sofern nicht eine andere Uebereinkunft getroffen ist, den Anspruch

---

26) Vgl. H.G.B. Art. 344 ff. und unten § 307.

27) S. oben Not. 20.

28) Endemann a. a. O. Not. 23.

28a) Endemann, H.R. § 151 Not. 36; s. auch Weiske, Rechtslex. Bd. 7 S. 819.

29) S. § 303 Not. 23 ff.

30) Ueber die Bewahrungspflicht s. oben § 305 II.

31) Windscheid § 401 Art. 12; Förster § 138 Not. 76.

32) Endemann a. a. O. Not. 32.

auf Vergütung. [33]) Ist die Arbeitsleistung theilbar gemeint, [34]) so trifft das Schicksal vielleicht nur einen Theil derselben. Andernfalls hat der Unternehmer auch bei theilweiser Ausführung keinen Anspruch auf Vergütung, da erst die ungetheilte Leistung, die er zu bewirken hat, Erfüllung ist. Eben so wenig kommt ihm Vergütung oder Schadloshaltung zu, wenn sonst durch Zufall die Ausführung oder Vollendung vereitelt wird, nachdem er bereits Vorbereitungs- oder Ausführungshandlungen getroffen und zu diesem Zweck Aufwendungen gemacht hat. Da er als Unternehmer die Gefahr des Erfolgs übernimmt, lässt sich ein Anspruch in dieser Richtung keineswegs allgemeinhin [35]) zugestehen, sondern nur auf Grund einer darauf abzielenden Vertragsberedung anerkennen.

Die Gefahr unverschuldeter Zufälle, die ihm die Bearbeitung unbrauchbar, oder die Annahme unmöglich machen, trägt im Zweifel der Besteller. [36]) Selbst wenn er in Folge davon auf die Bearbeitung verzichtet, muss er dem Unternehmer, der zu deren Ausführung bereit ist, den Vertrag seinerseits vollständig erfüllen, also den bedungenen Lohn zahlen. Und wo nach dem Vertrag die Bearbeitung theilbar und deren Sistirung nach theilweise erfolgter Ausführung zulässig erscheint, hat er, wenn ihm wegen unverschuldeten Zufalls die Erfüllung des Vertrags unannehmbar wird, nicht minder als im Falle des Widerrufs [37]) den auf den vollendeten Theil fallenden Lohn zu entrichten und überhaupt den Uebernehmer schadlos zu halten. [38])

C. **Wenn die fertiggestellten, aber noch nicht an den Besteller abgelieferten Sachen durch Zufall ganz oder theilweise zu Grunde gehen oder beschädigt werden,** wobei immer vorausgesetzt wird, dass sie in vertragsmässiger Beschaffenheit hergestellt waren, [39]) so bleibt zwar soviel ausgemacht, dass die Sachen dem Eigenthümer verloren gehen oder beschädigt werden. Aber damit ist noch keineswegs auch entschieden, was die Tragung der Gefahr für das bestehende Obligationsverhältniss bedeutet. In dieser Hinsicht ist in Erwägung zu ziehen, dass die Ueberlieferung ein integrirender Bestandtheil der Vertragsverbindlichkeit des Bearbeiters ist. [40]) Wenn also Zufall die fertigen Gegenstände vernichtet oder durch Beschädigung in einen dem Vertrage nicht entsprechenden Zustand versetzt, so ist der Unternehmer in der Lage, den Vertrag durch rechte Lieferung nicht erfüllen zu können; mithin in gleicher Lage, wie wenn ihm Zufall die Ausführung der Bearbeitung unmöglich macht oder stört. Höchstens kann also nach den oben dargestellten Grundsätzen [41]) gesagt werden, dass er von der Verbindlichkeit den Vertrag zu erfüllen frei wird, soweit Un-

---

[33]) Windscheid § 401 Not. 6; Endemann § 151 Not. 30.
[34]) S. oben S. 122 Not. 6 ff.
[35]) Sintenis Not. 163.
[36]) Endemann § 151 Not. 33.
[37]) Endemann a. a. O. Not. 34, 35.
[38]) Endemann a. a. O. Not. 31.
[39]) Windscheid § 401 Not. 9.
[40]) S. oben S. 125 bei Not. 25.
[41]) S. oben Not. 33.

möglichkeit an der weiteren Erfüllung vorliegt, andererseits aber auch den Anspruch auf Vergütung verliert. Die allgemeine Behauptung, dass die Uebernahme durch zufälliges Zugrundegehen oder Beschädigtwerden der fertigen Produkte von der Ablieferung entbinden und gleichwohl befugt sei, den Lohn zu fordern, erscheint nicht gerechtfertigt.[42]) Sie ist es nur dann, wenn nach dem Vertrage die ganze Verbindlichkeit des Unternehmens lediglich in der Fertigstellung bestände. Alsdann hätte der Uebernehmer mit der Fertigstellung bereits den Vertrag erfüllt und die abzunehmenden Erzeugnisse der Bearbeitung ständen insofern auf Gefahr des Bestellers, als er trotz deren Untergangs den Lohn zu zahlen haben würde. So kann, muss aber nicht es sich verhalten. Endlich verdient bemerkt zu werden, dass da, wo an sich der Bearbeiter die Gefahr der fertigen Sachen trägt, eine Aenderung eintritt, wenn der Besteller durch ausdrückliche Verweigerung oder thatsächliche Unterlassung in Verzug der Abnahme geräth. Alsdann gelten füglich dieselben Regeln wie bei Verzug der Abnahme aus dem Kaufgeschäft.[43])

D. Umgekehrt **trägt der Besteller das Risiko unverschuldeter Zufälle, die ihm die Bearbeitung und Ablieferung der bearbeiteten Sachen unbrauchbar oder die Annahme unmöglich machen.** Der Uebernehmer verliert dadurch nicht das Recht, durch vertragsmässige Bearbeitung und Ablieferung die Gegenleistung des Lohnes herbeizuführen.[44]) Der Besteller ist keineswegs auf Grund solcher Ereignisse, die ihn treffen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt, den Vertrag zu widerrufen. Umgekehrt aber versteht sich von selbst, dass da, wo ein solcher Widerruf nach der Uebereinkunft oder nach Partikularrecht[45]) statthaft erscheint, stets dem Uebernehmer der Bearbeitung, wenn er diese bereits theilweise ausgeführt hat, der Anspruch auf theilweisen Lohn oder auf Schadloshaltung für die aufgewendete Arbeit und deren Zubehör erhalten bleibt.[46])

V. **Nichterfüllung des Vertrags durch den Uebernehmer,** welche dieser zu vertreten hat, ist nicht blos das gänzliche Unterlassen der Arbeitsausführung oder der Ablieferung der bearbeiteten Gegenstände, sondern auch die nicht vertragsmässige Bearbeitung oder Ablieferung. Ob freilich jede Abweichung von dem Vertrage schlechthin als Nichterfüllung behandelt werden mag, fragt sich. Zwar wird auch hier beachtet werden müssen, dass es im Zweifel der Handelsverkehr mit Abweichungen von der vertragsmässigen Beschaffenheit streng nimmt.[47]) Aber immerhin ist zuzugestehen, dass nicht überall jede Abweichung als eine wesentliche, vermöge deren die mangelhafte Erfüllung der Nichterfüllung gleichsteht, erscheinen mag. Was wesentliche Vertragswidrigkeit ist, kann nur nach Maassgabe des einzelnen Falles erkannt werden.

Dass insonderheit auch die Rechtzeitigkeit der Erfüllung durch Bestimmung

---

[42]) S. darüber Windscheid a. a. O. Not. 8 und die dort cit. Schriftsteller.

[43]) S. oben Bd. 2 § 271.

[44]) Windscheid a. a. O. Not. 9; Endemann a. a. O. Not. 33.

[45]) S. unten Not. 55.

[46]) Windscheid a. a. O. Not. 10; Endemann a. a. O. Not. 35.

[47]) Endemann § 151 Not. 14 a. E.

eines fixen Termins sich zu einer wesentlichen Voraussetzung der Erfüllung machen lässt, ist bereits erwähnt worden.[48]) Nicht minder ist bereits angedeutet worden, dass theilweise Erfüllung vielleicht gar keine ist.[49])

Wo der Uebernehmer in der einen oder der anderen Weise nicht erfüllt hat, kann der Besteller auf Erfüllung klagen. Auf diese geht denn auch die Verurtheilung. Bei der Zwangsvollstreckung, die auf Grund eines verurtheilenden Erkenntnisses oder eines sonstigen vollstreckbaren Titels[50]) erfolgt, wird dann auch die Unterscheidung wirksam,[51]) ob die übernommene Bearbeitung eine Handlung ist, die nur der Uebernehmer vornehmen, oder eine solche, die auf Kosten des nichterfüllenden Unternehmers durch einen Anderen vorgenommen werden kann.[52]) Eventuell tritt die Forderung des Interesses der Nichterfüllung an die Stelle der Erfüllung.

Ausserdem kommt aber bei Nichterfüllung noch die Rückerstattung des dem Uebernehmer gelieferten Materials und, sofern sich in dieser Hinsicht ein von dem Uebernehmer zu vertretendes Verschulden ergibt, vielleicht Entschädigung wegen des zerstörten oder beschädigten Materials in Betracht.[53]) Eine Unterfrage bildet dabei, in wiefern der Besteller genöthigt ist, beschädigtes oder theilweise zerstörtes Material überhaupt unter Entschädigung zurückzunehmen, oder verlangen kann, dass der Unternehmer das noch vorhandene behält und seinem Werth nach das ganze ersetzt.

Ob der Besteller wegen Nichterfüllung, namentlich auch bei nicht vertragsmässiger, mangelhafter Erfüllung von dem Vertrage zurücktreten und etwa den Uebernehmer zwingen kann, die ungenügend bearbeiteten Sachen gegen Werthersatz zu behalten,[54]) bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Nach gemeinem Recht ist keineswegs ein solches Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung begründet, wohl aber nach Partikularrecht. Insbesondere gewährt das Preussische Landrecht bei der Werkverdingung in eigenthümlicher Weise bei nicht rechtzeitiger oder mangelhafter Erfüllung eine Befugniss, von dem Vertrage abzugehen, oder Schadenersatz zu fordern.[55]) Doch ist schon darauf hingewiesen worden,[56]) dass da, wo der Vertrag von dem Unternehmer der Bearbeitung nicht, namentlich nicht rechtzeitig erfüllt wird, nichts näher liegt, als auf das Handelsgeschäft der Bearbeitung analog die Regeln über eine Nichterfüllung des Kaufgeschäfts nach dem Handelsgesetzbuch anzuwenden; zumal, wenn das Bearbeitungsgeschäft als Fixgeschäft erscheint.

---

[48]) S. oben S. 122 Not. 9 ff.

[49]) S. oben S. 122 Not. 6 ff.

[50]) Vgl. Civ.Pr.O. § 702, davon Nr. 5 (vollstreckbare Urkunden) aber nach der dort erforderten Beschaffenheit des Gegenstandes hier nicht in Betracht kommt.

[51]) S. oben S. 122 D.

[52]) Civ.Pr.O. §§ 773, 774; vgl. Endemann, Der deutsche Civilproz. Bd. 3 S. 302.

[53]) Vgl. z. B. L. 9 § 5 h. t. 19, 2.

[54]) R.O.H.G. Bd. 12 Nr. 67.

[55]) Förster § 138 Not. 81 ff. u. S. 101 ff., darüber z. B. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 51; Bd. 16 Nr. 98; Bd. 18 Nr. 20; Bd. 21 Nr. 1.

[56]) S. oben Not. 9 ff.

§ 307.

C. Abnahme. Empfangnahme. Geltendmachung von Mängeln. Zahlung des Lohns.

I. Die bearbeiteten oder verarbeiteten Sachen **hat der Besteller** dem Bearbeiter, der zur Ablieferung bereit ist, **abzunehmen**. Das ist sein Recht, zugleich aber auch, wenn die Bearbeitung und Lieferung des Unternehmers dem Vertrage entspricht, insofern Pflicht des Bestellers, als er sie dann als Erfüllung gelten lassen muss und durch Verweigerung oder Verzögerung in Verzug der Abnahme verfällt. Auch in dieser Beziehung macht sich die Analogie des Kaufgeschäfts geltend. Sowohl der Begriff der Abnahme [1]) als auch die Voraussetzungen und Folgen des Verzugs derselben [2]) müssen hier im Wesentlichen dieselben sein wie dort. Der ferneren Aufbewahrungspflicht kann sich der Bearbeiter durch Hinterlegung erledigen. Dass er, wenn er sie dennoch fortübt, nur noch für grobes Verschulden haftet, darf als selbstverständlich angesehen werden. [3]) Das Selbsthilfeverkaufsrecht, das auf Grund des Handelsgesetzbuchs [4]) dem Verkäufer zusteht, wird sich allerdings nicht ohne Weiteres hieher erstrecken lassen, da es eine Spezialbestimmung ist, die nur für den Fall des Verzugs des Käufers gegeben ist. Aber dem Bearbeiter steht wegen Nichtabnahme des Bestellers und wegen den Forderungen aus der Bearbeitung ein kaufmännisches Retentionsrecht zu, dessen Voraussetzungen, sofern nicht durch die Ausübung gegen besondere, von dem Bearbeiter angenommene Ordres verstossen wird, jedenfalls vollständig gegeben sind,[5]) und folglich wenigstens diejenige Verkaufsbefugniss, welche dem Retentionsberechtigten zukommt. [6]) Die bearbeiteten Sachen, die nicht abgenommen werden, schlechthin preiszugeben, würde den heutigen Begriffen von Treu und Glauben des Verkehrs hier nicht minder widersprechen, wie bei Verzug der Abnahme in dem Kaufgeschäft. [7])

Durch die Abnahme geht der Besitz und, wenn der Bearbeiter Eigenthümer war, das Eigenthum der aus der Bearbeitung oder Verarbeitung hervorgegangenen Sachen auf den Besteller über.

II. Wie bei der Erfüllung des Kauf- oder Lieferungsgeschäftes kommt es aber, damit der völlige Abschluss der Erfüllung herbeigeführt erscheint, nicht blos auf die Abnahme, sondern auch auf **die billigende Empfangnahme** von Seiten des Bestellers an. Diesem muss immer noch, soweit nicht unmittelbar bei der Abnahme ihm selber oder einem ihn in dieser Hinsicht vertretenden Bevollmächtigten die Prüfung möglich ist, Prüfung nach erlangter Möglichkeit

[1]) Gareis in Bd. 2 § 271 S. 649 ff.
[2]) Gareis in Bd. 2 S. 275, S. 723 ff.; Endemann, H.R. § 114, I B.
[3]) Endemann a. a. O. Not. 17.
[4]) Nemlich des Art. 343, Gareis a. a. O. S. 725.
[5]) Vgl. oben Bd. 2 § 182.
[6]) Vgl. oben Bd. 2 § 183 II.
[7]) Endemann, H.R. § 114 Not. 21.

derselben offen gelassen bleiben.[8]) es sei denn, dass darauf übereinkunftsmässig verzichtet worden. Sie erstreckt sich auf die Untersuchung, ob die Produkte der Bearbeitung dem Vertrage entsprechen, oder nicht. Namentlich muss eine Prüfung in diesem Sinne vorbehalten erscheinen, wo ein Distanzgeschäft vorliegt und folgeweise die Beschaffenheit erst nach ausgeführtem Transport beurtheilt werden kann. Dies gilt nicht blos, wenn der Unternehmer Eigenthümer der bearbeiteten Sachen ist, also durch die Ablieferung veräussert, oder wenn sonst das Geschäft als Kauf erscheint,[9]) sondern auch wenn die bearbeiteten Sachen schon vor der Ablieferung dem Besteller eigenthümlich gehörten. Denn immer handelt es sich auch in dem letzteren Fall noch um Prüfung des Resultates der Arbeitsleistung.

Mithin gelten durchaus die Regeln über die Empfangnahme der Kauflieferung.[9a]) Der Zustand der Sachen kann förmlich konstatirt werden. Erweist sich die Empfangbarkeit, so müssen sie als Erfüllung des Geschäftes behalten werden. Ergibt sich, dass sie dem Vertrage nicht entsprechen,[10]) so kann Beanstandung erfolgen, d. h. erklärt werden, dass die Lieferung des Bearbeiters nicht als Erfüllung des Vertrags betrachtet werde, und es treten, wenn die Erklärung gerechtfertigt ist, die Folgen der Nichterfüllung[11]) ein. Ohne Zweifel muss auch hier die Prüfung und Beanstandung ungesäumt erfolgen und in der Unterlassung billigender Empfang gefunden werden. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Billigung drückt der Besteller aus, dass er die erfolgte Lieferung der bearbeiteten Sachen als Erfüllung der Verbindlichkeit des Bearbeiters definitiv gelten lasse.[12]) Ebendeshalb liegt in der Empfangnahme zugleich Verzicht auf die Rüge von Mängeln, die wahrgenommen worden sind oder bei ordentlicher Prüfung wahrgenommen werden konnten. Mit der billigenden Uebernahme steht dann auch fest, dass der Besteller die Gegenleistung der Zahlung zu gewähren hat, sofern sie nicht schon vorher erfolgt ist.[13])

III. Indessen schliesst auch hier die stattgehabte Empfangnahme nicht aus, dass **noch wegen solcher Mängel Ansprüche erhoben werden, die nicht durch die Empfangnahme gedeckt sind;** also insbesondere wegen derjenigen, die

---

[8]) Weiske, Rechtslex. Bd. 7 S. 820; Endemann § 151 Not. 25; § 152 Not. 12.

[9]) Vgl. Windscheid § 401 Not. 14.

[9a]) Sie sind auf die Werkverdingung Art. 347 analog anwendbar nach der Entsch. des R.O.H.G. Bd. 1 S. 148; Bd. 11 u. 66; Bd. 14 S. 43; Bd. 21 S. 36; ebenso vom R.G. s. Z. f. H.R. Bd. 26 S. 574, 575 anerkannt.

[10]) Was das heissen will, s. oben § 306 I.

[11]) S. oben § 306 V. Nach Preuss. Recht Wahl des Bestellers zwischen Annahme und Weigerung nebst Rücktritt vom Vertrag, oder Schadloshaltung wegen der Mängel, s. R.O.H.G. Bd. 18 Nr. 20 und oben § 306 Not. 55. Der Schadensersatz kann über den Werth des gelieferten Werks hinausgehen; s. die Entsch. des R.G. in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 967.

[12]) Als ganze, oder, wenn er Theillieferung annehmen will, oder nach dem Vertrag anzunehmen schuldig ist, s. oben § 306, I B., als theilweise. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. 16 Nr. 81.

[13]) Ueber die Beanstandung (Stellung zur Disposition) s. oben Gareis in Bd. 2 § 274.

bei ordentlicher Prüfung nicht wahrnehmbar waren oder erst später entstanden sind.[14]) Dass keineswegs überall desshalb der Besteller von dem Vertrage zurücktreten kann, als ob er nicht geschlossen wäre, folgt aus früher Bemerktem.[15]) Er kann daher auch nicht etwa unbedingt die ganze Gegenleistung verweigern.[16]) Vielmehr steht ihm nur die Klage auf Minderung, beziehungsweise entsprechende Rückerstattung des Preises, oder auf Redhibition zu.[17])

IV. In Bezug auf die Verpflichtung, den Lohn zu entrichten, sind die verschiedensten Modifikationen denkbar. Bald ist er im Ganzen, bald stückweise bedungen, bald für die ganze Lieferung ungetheilt, bald für theilweise Fertigstellung und Lieferung, wenn solche dem Uebernehmer gestattet ist,[18]) in Raten zu entrichten.[19]) Als Regel ist anzunehmen, dass in dem bedungenen Lohn die Vergütung für die gesammte Arbeitsleistung einschliesslich aller Aufwendungen, die der Arbeitunternehmer behufs der Ausführung zu machen hat, enthalten ist. Besonderer Ersatz von Aufwendungen und Unkosten kann in der Regel nur in Folge besonderer Uebereinkunft verlangt werden.[20]) Doch lässt sich nicht verkennen, dass es, was den Ersatz von Aufwendungen für Erhaltung und Aufbewahrung der anvertrauten Sachen, sowie von Kosten, die sonst durch die besondere Beschaffenheit der letzteren veranlasst werden, oder den Ersatz von Beschädigungen, die dem Uebernehmer erwachsen sind,[21]) betrifft, immer erst sorgfältiger konkreter Prüfung nach dem Vertrage bedarf, um entscheiden zu können, ob dieselben im Lohne mit inbegriffen sind oder Anspruch auf besondere Vergütung haben.[22]) Namentlich ist dabei zu berücksichtigen, wem das Eigenthum an den zur Bearbeitung bestimmten Sachen zusteht. Eine Verbindlichkeit dem Uebernehmer Vorschuss zu gewähren existirt für den Besteller nur kraft besonderer Vertragsfestsetzung.

---

[14]) R.O.H.G. Bd. 18 S. 83.

[15]) S. oben § 306 Not. 55.

[16]) R.O.H.G. Bd. 4 S. 405; s. auch die Entsch. des R.G. in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 967.

[17]) Wie bei Kauf; s. oben Bd. 2 § 273; und über die Verjährung R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 30.

[18]) S. oben § 306 Not. 6 ff.

[19]) Dass Ersteres das Regelmässige sei, Letzteres die Ausnahme, lässt sich durch die Berufung auf L. 30 § 3; L. 51 § 1 h. t. 19, 2 gewiss nicht beweisen. Vgl. Sintenis a. a. O. Not. 159; Endemann § 151 Not. 27.

[20]) Weiskes Rechtslex. Bd. 7 S. 821; Endemann § 151 Not. 26.

[21]) An seinen Sachen und Werkzeugen, L. 2 § 1 de leg. Rhod. Sintenis § 118 Not. 165.

[22]) Weiskes Rechtslex. Bd. 7 S. 819; Endemann § 151 Not. 38.

Abschnitt 6.

Mäkler- und Kommissionsgeschäfte.

(Von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.

I. Mäklergeschäfte.[1])

§ 308.

A. Begriff und Stellung der Mäkler, insbesondere der Handelsmäkler.

Die Handelsgeschäfte können vor den Parteien direkt unter einander ohne Vermittler abgeschlossen werden; doch ist ein solcher unmittelbarer Abschluss nicht selten schwierig; nicht immer wird es gelingen, einen entsprechenden Gegenkontrahenten in dem Augenblicke zu finden, als sich das Bedürfniss nach einem solchen fühlbar macht. Die einen beabsichtigten Geschäftsabschluss anbahnende Vermittlungsthätigkeit stellt sich daher als ein nothwendiges Hilfselement des Handelsverkehrs heraus. Wer sich mit dieser Vermittlungsthätigkeit gewerbsmässig befasst, heisst **Mäkler**. Seine Thätigkeit beim Geschäftsabschluss ist eine rein thatsächliche, er weist dem Auftraggeber die Gelegenheit zum gewünschten Geschäftsabschluss nach, sucht die Parteien auf, regt nicht selten die Lust zum Geschäftsabschluss erst selbst an, überbringt als Bote die Willenserklärungen der Parteien und macht überhaupt alle Vorbereitungen rücksichtlich des abzuschliessenden Vertrags.

Der Mäkler schliesst als solcher nicht selbst ab, weder in eigenem Namen, noch im Namen seines Auftraggebers; er unterscheidet sich dadurch von dem

[1]) Literatur: Laband in der Zeitschr. f. Deutsches Recht Bd. XX S. 1 ff. Grünhut in der Zeitschr. f. d. Privr. und öffentliche Recht Bd. II. S. 547 ff.; Struck, Die Effektenbörse, Anhang S. 186 ff.; Kuhn, Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. VI 221 ff.; Koch, Central-Org. Bd. III. 33. und Busch, Arch. Bd. XII 134; Brinkmann § 121; Gad § 20; Goldschmidt I. § 55; Endemann §§ 164, 165; v. Hahn zu Art. 66—84 H.G.B.; Anschütz & Völderndorff, ebendas.; Keyssner, ebendas.; Gareis § 22; Dernburg, Preuss. Privr. II § 190.

Kommissionär und dem Agenten. Der Agent kann zuweilen in Wahrheit blos Mäkler sein; seine rechtliche Stellung ist durch das Handelsgesetzbuch nicht näher festgestellt worden;[2]) auch in der Praxis des Handelsverkehrs ist die Bedeutung des Ausdrucks „Agent“ sehr schwankend und durchaus nicht einem und demselben festen Begriff entsprechend. Die Funktionen des Agenten sind in der That sehr mannigfacher Natur und es lässt sich gar nicht allgemein definiren, was Jemand thun muss, um als Agent zu erscheinen. Man kann als Agent im Namen des Geschäftsherrn oder im eigenen Namen mit Dritten kontrahiren:[3]) man kann als Agent wahrer Kommissionär oder eigentlicher Mäkler oder Handlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehülfe sein. Der Ausdruck „Agent“ wird demnach im Verkehrsleben auf gänzlich verschiedene Verhältnisse angewendet und ist als solcher zu unbestimmt, um juristisch verwendbar zu sein. Hier ist nur von jenen Agenten die Rede, welche weder wirkliche Kommissionäre, noch eigentliche Mäkler, noch Handlungsbevollmächtigte, noch Handlungsgehülfen sind, sondern welche als selbständige Kaufleute ihren Beruf darin finden, fremde Handelsgeschäfte in fremdem Namen abzuschliessen. Ein solcher Agent unterscheidet sich von dem Mäkler dadurch, dass er für den Auftraggeber nicht blos den Geschäftsabschluss vorzubereiten, sondern dass er das Selbstkontrahiren desselben zu ersetzen, dass er selbst abzuschliessen hat, während der Mäkler gleichsam nur als Werkzeug für andere Personen dient, die dazu gelangen wollen, selbst mit einander Handelsgeschäfte abzuschliessen. Hat der Mäkler die Parteien zu einander in Beziehungen gesetzt und einander gegenübergestellt, hat er die Uebereinstimmung ihres Willens herbeigeführt und konstatirt, hat er also bewirkt, dass die Parteien mit einander kontrahiren, so ist seine eigentliche Berufsthätigkeit zu Ende.

Die ökonomischen Vortheile, welche die Mäkelei dem Handelsverkehre verschafft, bestehen hauptsächlich in der Schnelligkeit, Sicherheit und Geheimhaltung der Geschäftsabschlüsse.[4]) Da sich der Mäkler damit befasst, dem Verkäufer den gesuchten Käufer und umgekehrt nahe zu bringen, so muss er bestrebt sein, die gegenseitigen Bedürfnisse der Kaufleute, Nachfrage und Angebot, kennen zu lernen; er ist daher regelmässig im Stande, auf der Stelle dem einen den gewünschten Verkauf, dem anderen den gewünschten Kauf zu erleichtern. Selbst wenn der eine Kontrahent in Ungewissheit rücksichtlich der Kreditwürdigkeit des anderen schwebt, braucht er den Geschäftsabschluss nicht lange zu verzögern; er ist nicht genöthigt, selbst langwierige Erkundigungen über den anderen Kontrahenten einzuholen, da er ja die Vertrauenswürdigkeit des ihm bekannten Vermittlers, wenn dieser die Haftung übernimmt, genau zu bestimmen, jedenfalls aber die von diesem wegen seiner Lokalkenntniss leicht zu ertheilenden Aus-

---

[2]) Vgl. bes. Goldschmidt § 55 S. 634 ff., Note 20, 21; v. Hahn, Komm. I S. 229, 230.

[3]) R.O.H.G. XIV. No. 134 S. 427.

[4]) Bei den amtlichen Mäklern wird der Vortheil der Sicherheit wegen des Garantieverbotes nur unvollkommen, der der Geheimhaltung wegen des Verbotes anonymer Geschäftsabschlüsse — anders in Oesterreich — gar nicht erreicht.

künfte über die Kreditwürdigkeit des anderen Kontrahenten mit Sicherheit zu verwerthen vermag. Wird ein Vermittler verwendet, so können die Parteien ihr Inkognito bewahren; sie selbst bleiben einander unbekannt; ihre Handelsoperationen können daher geheim gehalten werden; der Erfolg desselben ist durch ein vorzeitiges Bekanntwerden nicht gefährdet. Mit Hilfe der Vermittler ist es möglich, an den Centren des Handelsverkehrs den Markt- oder Börsenpreis (Kurs) der markt- oder börsengängigen Gegenstände zu fixiren, denselben von trügerischen Beigaben zu reinigen, ihn auf eine möglichst wahre Basis zu stellen und auf diese Weise dem Publikum eine Richtschnur zu geben, an die es sich bei seinen Geschäftsabschlüssen zu halten vermag. Bedenkt man endlich, dass sich der Vermittler naturgemäss in seinem Fach besondere Sachkenntniss erwirbt, dass er z. B. die Echtheit der Wechselunterschriften, die Qualität der Schiffe u. s. w. sofort zu beurtheilen, daher dem Auftraggeber guten Rath zu ertheilen im Stande ist, so ergibt sich, dass der Nutzen, den die berufsmässige Vermittlung dem Handelsverkehr leistet, sehr gross, der Mangel derselben sehr empfindlich ist. Es kann daher nicht als auffallend erscheinen, dass schon im Alterthum berufsmässige Mittelspersonen im Handel vorkommen; sie fanden sich auch in den griechischen Städten mit regerem Handelsverkehr [5]) und hiessen bei den Römern insbesondere proxenetae. [6])

Das Geschäft des Vermittlers genoss aber von Altersher wenig Achtung; meist verlegten sich solche Leute darauf, die in ihrem eigentlichen Gewerbe Schiffbruch gelitten hatten. [7])

Die zahlreichen unreinen Elemente, die sich zu diesem Erwerbszweige drängten, erlaubten sich Betrügereien aller Art. Sollten die Bedürfnisse des Handeltreibenden Befriedigung finden, so musste die Geschäftsvermittlung eine gänzlich veränderte Gestalt erlangen; dies geschah im Mittelalter. Maassgebend war für die Entwicklung der Zustand des damaligen Beweisverfahrens, der zur Folge hatte, dass die Verträge vor Gericht oder vor mit publica fides ausgestatteten Urkundspersonen abgeschlossen zu werden pflegten. Nur eine beschränkte Anzahl von Personen, bei denen bestimmte intelektuelle und moralische Voraussetzungen erfüllt waren, wurden zu den ein besonderes Vertrauen der Kontrahenten erfordernden Funktionen der Vermittler amtlich bestellt und zwar meist durch die kaufmännischen Kollegien selbst in Ausübung ihrer Autonomie,

---

[5]) Unter dem Namen *προπώλης* oder *ἑρμηνεύς*.

[6]) So hiessen diejenigen, die bei dem Abschluss der Verlöbnisse zugezogen wurden (l. ult. D. de oponsal.), später alle Vermittler; andere Bezeichnungen sind: pararius, conciliator, interpres, mediator; ihre Thätigkeit war übrigens nicht auf den Handelsverkehr beschränkt. Tit. Dig. de proxeneticis 50. 14, Cod. 5. 1. Varro erwähnt proxenetae, welche in Sicilien für römische Kaufleute Getreide einkauften. Bei den Aegyptern bildeten die Mäkler eine eigene Kaste. Heeren, Ideen II 619.

[7]) Vgl. Horaz, Satyr. II sat. III. Es hiess von ihnen: proxenetae abundant mendaciis (Straccha de proxenet.); communiter vero ex decoctoribus, fallitis et foro cedentibus hoc hominum genus pullulat (Marquard I. cap. 8 No. 61); sordidum vileque genus hominum (Pruckmann consilia 50 No. 245). „Ein verdorbener Kaufmann ist ein guter Mäkler.“

so dass auf diesem autoritativen Wege den Handeltreibenden jene Männer bezeichnet wurden, denen sie unbedenklich ihr Vertrauen schenken konnten. Diese Männer wurden dann als besondere Vertrauenspersonen mit publica fides bekleidet und rücksichtlich der von ihnen vermittelten Geschäfte gleichsam als kaufmännische Notare angesehen. [8])

Das Handelgesetzbuch hat das Institut der amtlich bestellten Mäkler beibehalten und bezeichnet dieselben schlechtweg als **Handelsmäkler** (Sensale),[9]) so dass in dieser Bezeichnung das Moment der amtlichen Bestellung schon mitinbegriffen ist, der Ausdruck: amtlich bestellter Handelsmäkler resp. Sensal daher vom Standpunkt des Handelsgesetzbuchs aus als ein Pleonasmus erscheint. Das Handelsgesetzbuch wahrt den Handelsmäklern ausschliesslich gewisse Vorrechte, die sich aus ihrer offiziellen Stellung ergeben, lässt aber im Uebrigen die freie Konkurrenz bei der Geschäftsvermittlung zu, so dass Jedermann die Wahl freisteht, ob er sich eines Handelsmäklers, also eines amtlich bestellten oder eines Privathandelsmäklers [10]) bedienen will. Das Handelsgesetzbuch macht nur für die Partikulargesetzgebung den Vorbehalt, den Handelsmäklern ein Monopol für die Geschäftsvermittlung zuzuerkennen (Art. 84). Ein solches Monopol wurde in Deutschland nirgends eingeführt, in Preussen (unter Zustimmung sämmtlicher Handelsvorstände mit Ausnahme der Kölner Handelskammer, die sich aber für gänzliche Aufhebung des Instituts der amtlichen Makler aussprach), in Würtemberg, Bayern und in Hamburg das bestehende Monopol sogar beseitigt. Dagegen wurde durch das **österreichische** Börsegesetz vom 1. April 1875, Reichsgesetzblatt Nr. 67, für den **Börseverkehr** ein Monopol der Vermittlung zu Gunsten der Handelsmäkler geschaffen. Die Erfahrung lehrt allerdings, dass der Gesetzgeber etwas verboten hat, was zu verhindern nicht in seiner Macht steht. Die Privatmäkler sind von den österreichischen Börsen keineswegs verdrängt; sie gehen vielmehr als Kommissionäre mit den Handelsmäklern Hand in Hand. [11])

Im Handelsverkehr Deutschlands und Oesterreichs treten demnach zwei Klassen von Mäklern auf, eine Klasse, die zur Geschäftsvermittlung amtlich be-

---

[8]) Vgl. bes. Goldschmidt in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXVIII S. 115 ff., Laband l. c. S. 20 ff. Verpflichtete Mäkler (sensali) mit Taxen werden in den Statuten von Florenz (1299) erwähnt; Martens, Ursprung des Wechsels S. 55 Not. k; in seiner vollen Reife erscheint das Institut in einem kaufmännischen Gilde statut von Florenz (1327). Mit besonders typischer Deutlichkeit tritt der amtliche Karakter der Mäkelei in Frankreich auf. Vgl. Grünhut l. c. S. 550 ff.; daselbst auch über Holland; dazu vgl. Riessers Anzeige der Schrift: De Amsterdamsche Makelardij von Theod. Stuart in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXVI S. 346 ff. Zur Geschichte des Instituts vor dem H.G.B. vgl. auch Struck l. c. S. 193, 199 ff.

[9]) Ob von Censualis, einer zur Abfassung und Aufbewahrung von Urkunden bestimmten Personen? Vgl. Laband l. c. S. 19. Dagegen Goldschmidt l. c. S. 118 ff.

[10]) Zu dieser Bezeichnung vgl. Goldschmidt, Gutachten über den Entw. d. H.G.B. S. 44: früher war der Ausdruck: Pfuschmäkler, Winkelmäkler (auch Bönhase) üblich.

[11]) Gegen das Monopol s. Grünhut l. c. S. 553 ff.; für das deutsche Reich erscheint in Folge der R.Gew.O. § 1, 5, 6 die Statuirung eines ausschliesslichen Rechts der Handelsmäkler auf Vermittlung als unzulässig. Hahn, Komm. zu Art. 84 § 5.

stellt ist, die der Handelsmäkler oder Sensale — sie haben in Oesterreich auf den Börsen ein Monopol für die Geschäftsvermittlung — die andere Klasse, die ohne amtlich bestellt zu sein Handelsgeschäfte vermittelt, die der Privathandelsmäkler; nur die letzteren sind Kaufleute (Art. 272, 4), nicht die ersteren als solche, denn die in ihrem Amtskreise gelegenen Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte, wenngleich die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse zu den Handelssachen (Art. 1) gehören.[12]) Die Handelsmäkler werden nur dann zu Kaufleuten, wenn sie unter Uebertretung des Verbotes des Art. 69 Handelsgeschäfte gewerbsmässig betreiben.

Die Beibehaltung des **amtlichen** Charakters des Handelsmäklers lässt sich mit den Bedürfnissen des modernen Handelsverkehrs nicht mehr in Einklang bringen.[13]) Aus der amtlichen Eigenschaft des Vermittlers zieht der Kaufmann heutzutage keinen Vortheil mehr; auf das Zeugniss desselben kommt es nicht mehr an. Für den Kaufmann ist der Handelsmäkler wesentlich Unterhändler, nicht mehr Urkundsperson. Der das ganze Institut beherrschende Grundgedanke, dass nämlich der Handelsmäkler eine unparteiische Stellung zwischen den Kontrahenten einnehmen soll, geräth mit der der Mäkelei, wenn sie lebensfähig sein soll, innewohnenden Tendenz in das Kommissionsgeschäft überzugehen in Konflikt. Entweder der amtliche Mäkler beobachtet streng die gesetzlichen Verbote, die seine Unparteilichkeit wahren sollen; dann muss er vor dem Kommissionär das Feld räumen; oder — er setzt sich über die Verbote einfach hinweg. Mäkelei und Kommission sind wirthschaftlich innig mit einander verwandt und laufen faktisch bei der Ausübung in einen Brennpunkt zusammen. Die amtliche Mäkelei, die ihrem Grundgedanken entsprechend in die engsten Grenzen der Vermittlung eingeschlossen bleiben muss, hat ihre Rolle ausgespielt. Für das zwitterhafte Institut einer Zwischenperson, deren Karakter ein amtlicher ist und die zugleich doch immer bestrebt ist, die Stellung eines Kaufmanns einzunehmen, ist im modernen Handelsverkehr kein Raum. Der amtliche Mäkler stellt sich, da ihm die nothwendige freie Bewegung fehlt, in der heutigen Praxis als unbrauchbar dar; bei Beibehaltung des amtlichen Karakters lässt sich aber die nothwendige freie Bewegung nicht einräumen. Es bleibt daher kein anderes Mittel, um den Schwierigkeiten und Unregelmässigkeiten zu entgehen, als das amtliche Mäklerinstitut gänzlich zu beseitigen.[14])

---

[12]) v. Hahn, Vorbemerkung zu Tit. VII § 3; Goldschmidt § 55 Note 6.

[13]) Die Handelskammern von Düsseldorf, Stettin, Köln, Posen, Magdeburg, Danzig, Breslau und Königsberg — ebenso Rotterdam — sprachen sich für die Aufhebung des Instituts der amtlichen Mäkler aus. Vgl. Koch in Busch Arch. XII S. 134, Verh. des VII. deutschen Juristentags Bd. II S. 70 ff.; Struck S. 220.

[14]) Dies ist auch im Wesentlichen in Bremen durch Ges. v. 1867 und in Hamburg durch Ges. v. 20. Dez. 1871 geschehen. Vgl. auch das belgische Ges. v. 30. Dez. 1867 und das französische Ges. v. 18. Juli 1866 bei Grünhut l. c. S. 557 ff.: so ferner das ungarische H.G.B. § 534—548; für die Aufhebung der VII. deutsche Juristentag S. 81, 234. Endemann § 164 IV; Puchelt, Komm. zu Art. 66; Struck l. c. 222—224; Riesser l. c. S. 350.

Der in dem Handelsgesetzbuch beibehaltene **amtliche** Karakter der Handelsmäkler bildet den Ausgangspunkt für die gesetzlichen Detailbestimmungen. Was zunächst die **Anstellung** der Handelsmäkler betrifft, so überlässt das Handelsgesetzbuch die nähere Normirung den Landesgesetzen (Art. 84); die Einführungsgesetze räumen demgemäss verschiedenen Behörden das Ernennungs- resp. Bestätigungsrecht ein, so dem Staatsoberhaupte, der Staatsregierung, der Bezirksregierung, dem Gemeinderath, der kaufmännischen Korporation oder der Handelskammer, der Börseleitung.[15]) Die Anstellung erfolgt entweder im Allgemeinen für alle Arten von Mäklergeschäften oder für einzelne Arten derselben (Art. 68). Die Mäklergeschäfte bestehen aber hauptsächlich in der Vermittlung von Käufen und Verkäufen über Waaren, Schiffe, Wechsel, inländische und ausländische Staatspapiere, Aktien und andere Handelspapiere, ingleichen von Verträgen über Versicherungen, Bodmerei, Befrachtung und Miethe von Schiffen, sowie über Land- und Wassertransport und andere den Handel betreffende Gegenstände (Art. 67). Eine der vor Antritt der Funktionen von dem Handelsmäkler zu erfüllenden Förmlichkeiten wird durch das Handelsgesetzbuch selbst (Art. 66) vorgeschrieben, nämlich die Leistung des Amtseides. Zu den Konsequenzen der amtlichen Stellung der Handelsmäkler gehört es, dass sie wegen der von ihnen in ihrem Berufe begangenen Pflichtverletzungen zu bestrafen sind. Auch in dieser Beziehung überlässt Art. 84 den Landesgesetzen die näheren Bestimmungen; diese drohen bald Geldbussen, bald zeitliche oder gänzliche Dienstentsetzung an.[16])

B. Rechte und Pflichten der Handelsmäkler.

§ 309.

1. Die Rechte der Handelsmäkler.

Die Rechte der Handelsmäkler sind theils solche, die ihnen als mit einem **öffentlichen Amte** betrauten, theils solche, die ihnen als mit einem **Gewerbskarakter** bekleideten Personen zustehen. Die Befugnisse, die ihnen in ersterer Eigenschaft eingeräumt sind, enthalten zuweilen eine **sachliche** und stets eine **örtliche**[1]) Beschränkung. Als Amtspersonen können die Handelsmäkler eben nur innerhalb jenes materiellen und lokalen Bereiches, für den sie angestellt sind, fungiren. Sind keine besonderen Schranken bei der Anstellung gezogen (Art. 68), so erstreckt sich ihre Befugniss zur Vermittlung auf den ganzen, weiten Kreis der in Art. 67 beispielsweise aufgezählten Geschäfte. Gemäss Art. 70 kann den Schiffsmäklern insbesondere auch noch gestattet werden, den

---

[15]) Salpius, Die Ergänzungen des H.G.B. Ueber Oesterreich vgl. Grünhut S. 559 ff.; daselbst S. 561—565 auch über die fremden Rechte.

[16]) Ueber Oesterreich vgl. Grünhut l. c. S. 560 u. Note 21.

[1]) Das österreichische Ges. (Art. 84 IV, Art. 68 al. 3) bestimmt, dass Handelsmäkler, die ihr Amt an einer Börse auszuüben berufen sind, dasselbe auch ausserhalb der Börse im Börseorte ausüben können.

Schiffern im Einziehen und Vorschiessen der Frachten und Unkosten als Abrechner oder in anderer ortsüblicher Weise Hilfsdienste zu leisten. Art. 70 enthält insofern eine Ausnahme gegenüber den Verboten des Art. 69. Der Schiffsmäkler macht sich daher durch den Abschluss der in Art. 70 bezeichneten Geschäfte nicht strafbar; er handelt aber, soweit er Abrechner u. s. w. ist, nicht in seinem Berufskreise als Handelsmäkler, so dass für diesen Geschäftsbetrieb die Bestimmungen über Handelsmäkler überhaupt nicht zur Anwendung kommen.[2]) Jeder Handelsmäkler kann von dem Auftraggeber eine **besondere** Vollmacht zur Entgegennahme von Zahlungen und anderen im Vertrage bedungenen Leistungen erhalten; im Zweifel liegt jedoch in der übertragenen Geschäftsvermittlung keine solche Bevollmächtigung (Art. 67 al. 2). Das Handelsgesetzbuch (Art. 84) gestattet übrigens der Landesgesetzgebung den Kreis der Amtsverrichtungen und Befugnisse (Art. 67, 70) zu erweitern oder einzuschränken; demgemäss gewähren manche Einführungsgesetze den Handelsmäklern noch das Recht der Abhaltung öffentlicher Versteigerungen[3]) jener Waaren, Schiffe oder Handelspapiere, welche den Gegenstand ihrer Vermittlungsgeschäfte bilden.

Die Handelsmäkler sind befugt, in den Fällen der Art. 311, 343, 348, 354, 365, 366, 387 des H.G.B. den nicht öffentlichen Verkauf mit Rechtswirkung vorzunehmen.

Das **österreichische** Börsegesetz vom 1. April 1875 Reichsgesetzblatt Nr. 67 (§ 7, 12) gewährt den an einer Börse angestellten Handelsmäklern das **ausschliessliche** Recht zur Vermittelung von Börsegeschäften an der betreffenden Börse. Den Handelsmäklern ist ausserdem überall, wo eine amtliche Ermittelung der Börsen- oder Marktpreise (Kurse) überhaupt stattfindet, eine hervorragende Rolle bei diesem Akte zugetheilt;[4]) der preussische Entwurf enthielt in Art. 68 eine darauf bezügliche Bestimmung, die in das Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen wurde[5]); das **österreichische** Börsegesetz bestimmt allgemein (§ 8), dass der Preis (Kurs) der an der Börse umgesetzten Verkehrsgegenstände an jedem Börsetage nach Schluss der Börse von Mitgliedern der Börseleitung unter Aufsicht des Börsekommissars auf Grund **der während der Dauer einer Börse von den Handelsmäklern vermittelten** Operationen und **der ihnen in Ausübung ihres Amtes bekannt gewordenen Daten** amtlich festzu-

---

[2]) Preuss. Mot. 38.

[3]) Das österreichische Ges. Art. 70 al. 1 bestimmt, dass die politische Landesbehörde dort, wo sich das Bedürfniss äussert, diese Befugniss den Handelsmäklern ertheilen kann.

[4]) Feststellung der Börsepreise und Kurse durch die Handelsmäkler unter Vorsitz des auf ein Jahr aus ihrer Mitte gewählten Aeltesten (Art. 8 Börseordnung für Köln), unter Vorsitz des von dem Vorsteheramt der Kaufmannschaft ernannten Börsekommissarius (§§ 7—9 Börseordnung f. Königsberg v. 1865, Memel v. 1865 §§ 7—10, Danzig § 9, Berlin v. 1866 §§ 13—18, Berliner Mäklerordnung v. 20. April 1866 § 7. Ueber Frankreich, Italien, Spanien und Portugal vgl. Grünhut l. c. S. 566 Note 22.

[5]) Protokolle S. 109 ff.

stellen und dass das Resultat ohne Verzug durch die Börseleitung in dem amtlichen Kursblatte (Preisliste) zu veröffentlichen sei.

Zu den wichtigsten Befugnissen der Handelsmäkler gehörte es nach dem Handelsgesetzbuch, dass ihrem ordnungsmässig (Art. 71, 72) geführten Tagebuche (Journal), sowie ihren Schlussnoten kraft des Gesetzes **in der Regel** eine **volle** Beweiskraft sowohl für den Abschluss des Geschäfts als auch für dessen Inhalt zukam (Art. 77). Dieses Privilegium wurde als eine Konsequenz der öffentlichen Stellung des Handelsmäklers angesehen, der ja auch nicht wie der Kaufmann mit seinen Büchern für sich zu seinen Gunsten Beweis machen will, sondern in neutraler Stellung zwischen beiden Parteien stehend zum Vortheil beider seine Aufschreibungen zu machen verpflichtet ist. Allein dieser Grundgedanke wurde von dem Gesetzgeber nicht mit strenger Folgerichtigkeit durchgeführt; er hielt sich doch vor Augen, dass der Handelsmäkler als Vermittler mit Gewerbskarakter nicht dieselbe Garantie biete, wie der öffentliche Beamte, und fürchtete, ihm eine zu grosse Macht einzuräumen;[6]) er stellte daher das Maass der Beweiskraft nach demselben Prinzip, wie in Art. 34 des H.G.B. für die Handelsbücher des Kaufmanns, in das arbitrium judicis (Art. 77 al. 2); demgemäss hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob ausnahmsweise dem Inhalte des Tagebuches und der Schlussnoten trotz ordnungsmässiger Führung ein geringeres Gewicht beizulegen, ob insbesondere die Weigerung einer Partei, die Schlussnote anzunehmen oder zu unterzeichnen, für Beurtheilung der Sache von Erheblichkeit sei — in dieser Weigerung kann, wenn sie auch keinen Einfluss auf die Perfektion des vermittelten Geschäfts hat, doch ein bedeutungsvolles Moment gegen die Willensübereinstimmung der Parteien gelegen sein[7]) — ob endlich die eidliche Bestärkung durch den Mäkler[8]) oder andere Beweise zu fordern seien. Bei dieser eidlichen Bekräftigung handelt es sich, da der Handelsmäkler schon als solcher beeidigt ist und er sein Tagebuch mit Rücksicht auf diesen Eid führt, um Ablegung eines Zeugeneides. Wie der Handelsmäkler ursprünglich als ein unparteiischer Zeuge aufgefasst wird, so konnte er in Folge richterlicher Aufforderung gemäss Art. 77 al. 2 in den von ihm vermittelten Geschäften als Zeuge aufzutreten verpflichtet sein. Gegen den durch das ordnungsmässig geführte Tagebuch und die Schlussnoten gelieferten Beweis war jeder Gegenbeweis zugelassen. Fehlte es von vornherein an der Ordnungsmässigkeit der Führung des Tagebuchs, so konnte dieses als Beweismittel nur ausnahmsweise insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der bei der Führung vorgefallenen Unregelmässigkeiten sowie nach Lage der Sache von

---

[6]) Protokolle S. 133—142, 956. Nach dem Entw. des franz. Cod. de comm. Art. 109 sollte die Eintragung des Mäklers stets vollen Beweis machen; dagegen machte sich eine beinahe einstimmige Opposition des Handelsstandes geltend. Bédarride II Nr. 402, 403.

[7]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 57 S. 172 ff.

[8]) Nach § 1366 Th. II Tit. 8 Allg. Preuss. Ldr. war die eidliche Bekräftigung der Eintragung durch den Mäkler für die Herstellung eines vollen Beweises immer erforderlich.

dem Richter als geeignet zur Beweiserbringung erkannt wurde (Art. 78). Der Umstand, dass das Geschäft sich in dem zur Unterstützung des Gedächtnisses des Handelsmäklers nothwendigen, daher in Art. 71 nebenher zur Pflicht gemachten **Handbuche** [9]) gar nicht oder anders als in dem ordnungsgemäss geführten Tagebuche eingetragen fand, konnte in der Regel um so weniger in Betracht kommen, als ja überhaupt nur eine Pflicht des Handelsmäklers zur Vorlegung des Tagebuchs, nicht des Handbuchs vor dem Richter anerkannt ist (Art. 79).

Diese Beweisregeln des Handelsgesetzbuchs (Art. 77—78) sind nunmehr für das **Deutsche Reich** durch das Einführungsgesetz zur R.Civ.Proz.O. § 13 Ziff. 2 ausdrücklich aufgehoben worden; auch für das ordnungsgemäss geführte Tagebuch und die Schlussnoten des Handelsmäklers gilt daher in vollem Umfange der in § 259 der R.Civ.Proz.O. ausgesprochene Grundsatz der freien Beweiswürdigung.[10]) In **Oesterreich** aber sind Art. 77 und 78 des H.G.B. auch nach dem Gesetz vom 4. April 1875 in ungeschmälerter Geltung; es behalten daher die vorangehenden Bemerkungen ihre volle Anwendbarkeit. Selbst für das Deutsche Reich sind sie nicht ganz unanwendbar; es muss vielmehr in dieser Beziehung auf die in den Motiven zur Civ.Proz.O. S. 475 gemachte Bemerkung hingewiesen werden „dass mit der Verwerfung einer **gesetzlichen** Beweisregel die Regel selbst noch nicht beseitigt, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung verändert wird, indem die gesetzlichen Beweisregeln den Karakter goldener Erfahrungssätze annehmen.“ [11]) Es ist daher Recht und Pflicht des Richters, den inneren Werth der beseitigten gesetzlichen Beweisregeln rücksichtlich des Tagebuchs und der Schlussnoten der Handelsmäkler zu prüfen und jene Beweisregel, die er materiell für gerechtfertigt und im einzelnen Fall für zutreffend hält, zur Anwendung zu bringen. So wird z. B. der deutsche Richter, im Falle dass ihm der oben erwähnte Widerspruch zwischen Handbuch und Tagebuch bekannt gegeben wird, nunmehr in vollkommen freier Prüfung des Beweiswerthes des Tagebuchs zu erwägen haben, ob nicht der Eintragung im Handbuch, da sie im Augenblicke des Geschäftsabschlusses durch den Mäkler persönlich — vielleicht unter Kontrole des anderen Mäklers — erfolgt ist, resp. ob nicht dem Umstande, dass eine Eintragung im Handbuche nicht stattgefunden hat, eine erhöhte Bedeutung als der Eintragung im Tagebuche zukommt, besonders wenn das Handbuch des anderen Mäklers, mit dem das Geschäft abgeschlossen wurde, die gleiche Eintragung enthält, resp. rücksichtlich der Nichteintragung übereinstimmt. Nach dem Handelsgesetzbuche war dem Richter in solchem Falle nur die Macht gegeben, dem Tagebuche ein geringeres Gewicht beizulegen (Art. 77 al. 2), nicht aber dem Handbuche für den Abschluss des Geschäftes und dessen Inhalt Beweiskraft beizumessen.

---

[9]) Anders nach holländ., franz. u. ital. H.R. wo das Handbuch grössere Bedeutung hat. Vgl. Grünhut l. c. S. 568 Note 27.

[10]) So schon nach preuss. Entw. Art. 77 Mot. S. 43.

[11]) Vgl. auch Glaser, Zur Kritik des Zeugenbeweises im Strafprozess im Gerichtssaal Bd. XXIII. (Sep. Abdr. S. 9 ff.)

Selbst wo, wie in Oesterreich, die gesetzlichen Beweisregeln des Art. 77—78 des H.G.B. noch in Geltung sind, versteht es sich nach dem Grundgedanken derselben von selbst, dass die privilegirte Beweiskraft des Tagebuchs und der Schlussnoten nur rücksichtlich jener Geschäfte in Anspruch genommen werden kann, welche der Handelsmäkler als solcher, also in strikter Einhaltung des ihm bei seiner Anstellung eingeräumten oder gesetzlich zustehenden lokalen und sachlichen Wirkungskreises vermittelt; soweit er darüber hinausgeht, streift er seinen offiziellen Karakter ab, bietet er daher nicht mehr jene Garantien, die allein das Beweisprivilegium überhaupt rechtfertigen können. Wenn daher der Handelsmäkler Geschäfte an einer unerlaubten, sog. Winkelbörse vermittelt, wenn er gegen die vom Gesetze (Art. 69 p. 6 des H.G.B., österreich. Gesetz Art. 69 p. 6 u. 7) aufgestellten Verbote Aufträge ausführt oder sich für die Erfüllung der vermittelten Geschäfte verbindlich macht (Art. 69 p. 1), wenn der Waarensensal,[12]) d. h. der zur Vermittelung des Verkehrs in Waaren und für das Versicherungs-, Fracht- und Speditionsgeschäft bestellte Handelsmäkler in den Wirkungskreis des „Effektensensals" eingreift, also Geschäfte in Effekten, Wechseln, Münzen und Edelmetallen vermittelt, wenn der Handelsmäkler seine Amtsfunktionen der Natur der Sache und den Bestimmungen des Gesetzes (Art. 69 p. 4) zuwider nicht persönlich ausübt, so fehlt seinen Aufzeichnungen rücksichtlich der ausserhalb seines Amtskreises verbotswidrig entfalteten Thätigkeit jede Beweiskraft; das Gleiche gilt in Beziehung auf die von dem Handelsmäkler in eigenem Namen oder für eigene Rechnung verbotswidrig (Art. 69 p. 1) ageschlossenen Geschäfte, da er insoweit mit seinen Aufzeichnungen gar nicht als Mäkler, also auch nicht als Handelsmäkler in Betracht kommen kann.[13]) Der Umstand aber, dass der Handelsmäkler in anderen Fällen der Geschäftsvermittelung oder bei dem in Frage stehenden Geschäfte in anderer Weise, z. B. durch verbotswidrige Association (Art. 69 p. 3) oder durch ein verbotswidriges Abhängigkeitsverhältniss zu einem — sonst bei dem betreffenden Geschäfte ganz unbetheiligten — Prinzipal (Art. 69 p. 2) oder durch Indiskretionen (Art. 69 p. 5) oder durch ungenügende Deckung (österreich. Gesetz Art. 69a) seine Amtspflicht verletzt hat, steht an und für sich der vollen Beweiskraft seines Tagebuchs und seiner Schlussnoten nicht im Wege, kann aber für den Richter gemäss Art. 77 Abs. 2 bestimmend sein, diesen Aufzeichnungen nach Erwägung aller Umstände geringere Glaubwürdigkeit beizumessen.

Als Vermittler mit Gewerbskarakter haben die Handelsmäkler auf Grund des Mäklervertrags auch ohne besondere Verabredung ein Recht auf die Mäklergebühr (Sensarie, Courtage); sie ist in Ermangelung besonderer Vereinbarung, örtlicher Verordnungen oder eines Ortsgebrauchs von jeder Partei, die seine Dienste wirklich in Anspruch nahm, zur Hälfte zu entrichten (Art. 83).[14]) Im Zweifel ist eben von der Annahme auszugehen, dass nicht blos die eine Partei,

[12]) Wiener Börsestatut § 42; Prager Börsestatut § 40.
[13]) R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 66 S. 263; v. Hahn, Komm. zu Art. 77 § 8.
[14]) Ebenso Wiener Börsestatut § 48; Prag. § 46.

oder die eine mehr als die andere, sondern dass immer beide Parteien in gleichem Maasse an dem Zustandekommen des von dem Mäkler vermittelten Geschäfts interessirt sind und dass daher beide stillschweigend die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns auf sich genommen haben.

Der Mäklerlohn ist, wenn nichts Anderes vereinbart worden ist, oder sich aus lokalen Normen (örtlichen Verordnungen, Ortsgebrauch) ergibt, nicht früher verdient, als bis das Geschäft geschlossen, wenn es ein bedingtes war, unbedingt geworden und bis der Verpflichtung wegen Zustellung der Schlussnoten Genüge geschehen ist (Art. 82). Der Handelsmäkler hat erst dann seine Pflicht als solcher erfüllt, hat daher auch erst jetzt Anspruch auf den Mäklerlohn. Auf die **Erfüllung** des vermittelten Geschäfts kommt es dagegen nicht an; diese geht lediglich auf Gefahr der Parteien, nicht auf Gefahr des Mäklers. Kommt aber das Geschäft aus was immer für einem Grunde nicht zu Stande, oder ist die Suspensivbedingung noch nicht erfüllt, resp. ist noch ungewiss, ob die Resolutivbedingung nicht eintreten werde, so hat der Mäkler kein Recht auf die Courtage, wenn er auch eine noch so grosse Mühewaltung zur Herbeiführung des Abschlusses entfaltet hat; denn die Courtage wird nicht für die einzelnen Arbeitsleistungen pro rata geschuldet, sondern nur als Ganzes für den Abschluss; der Mäkler trägt insoweit die Gefahr für das Zustandekommen des Vertrags.[15]) Treten beide Kontrahenten mutuo dissensu von dem abgeschlossenen Geschäfte zurück, so muss der Mäklerlohn dessenungeachtet entrichtet werden. Nach einer billigenswerthen, dem Missbrauch der Parteien vorbeugenden Bestimmung des **österreichischen** Gesetzes (Art. 82 al. 3) kann der Mäkler die Gebühr auch dann ansprechen, wenn er die Parteien einander bekannt gegeben hat, das Geschäft aber hierauf noch am nemlichen Tage von den Parteien unmittelbar gegeschlossen worden ist. Das Handelsgesetzbuch hat für diesen Fall keine Bestimmung; doch liegt es im Geiste des Treu und Glauben stets schützenden Gesetzes, dass überhaupt, wenn der Abschluss des vom Mäkler hinreichend vorbereiteten Geschäfts von den Auftraggebern selber mit **arglistiger** Umgehung des Mäklers bewirkt wird, die Mäklergebühr entrichtet werden muss.[16])

Die Höhe der Mäklergebühr wird durch örtliche Verordnungen geregelt; in Ermangelung derselben entscheidet der Ortsgebrauch (Art. 82 al. 3). Das Gesetz will den verschiedenen Bedürfnissen in den verschiedenen Handelsplätzen gerecht werden, überlässt daher die Regelung der Frage, wie der Mäklerlohn berechnet werden soll, in erster Linie den lokalen Normen. Nach **österreichischem** Gesetz (Art. 82 al. 4) wird der Betrag der Mäklergebühr von der politischen Landesbehörde bestimmt und zwar für Börsen nach Vernehmung des Börsekommissars und der Börseleitung, sonst der Handels- und Gewerbekammer, in beiden Fällen auch eventuell des Gremiums der Handelsmäkler.[17]) Dem

---

[15]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 66 S. 198 ff.

[16]) R.O.H.G. XI Nr. 66 S. 199; Endemann § 165 C.; Dernburg § 190 u. Note 16; Gareis § 22.

[17]) Statthaltereiverord. f. Wiener Börse (Effektensensale) v. 8. Dez. 1875: in der Regel 1 per mille des Kurswerthes von beiden Parteien zusammen, jedoch nicht unter

Auftraggeber steht es frei, über die Höhe der Mäklergebühr eine beliebige Vereinbarung mit dem Handelsmäkler zu treffen, es wäre denn dass örtliche Normen entgegenstehen. Unzulässig wäre es aber, wenn der Handelsmäkler sich einem Auftraggeber gegenüber weigerte, seine amtlichen Vermittelungsdienste gegen blosse Leistung der an dem betreffenden Platze gehörig festgesetzten Mäklergebühr zu gewähren, sondern eine höhere Gebühr beanspruchte.[18]) Als öffentlicher Beamter ist er, wenn die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, nicht berechtigt, denjenigen, die seine Dienste für einen in seinen Amtskreis fallenden Akt in Anspruch nehmen, seine Mitwirkung nach Belieben zu versagen. Wäre es ihm aber gestattet, für seine Intervention als Handelsmäkler eine beliebig höhere Gebühr als die gehörig festgesetzte zu fordern, so hätte er es in seiner Hand, einen Auftraggeber willkürlich zurückzuweisen. Geht daher der Auftraggeber auf die von dem Handelsmäkler gewünschte Erhöhung der Mäklergebühr nicht ein und weigert sich dieser nun, das betreffende Geschäft zu vermitteln, so wäre er einerseits wegen dieser Pflichtverletzung strafbar, andererseits wegen des dem zürückgewiesenen Auftraggeber durch den Aufschub der beabsichtigten Operation zugefügten Schadens nach Art. 81 ersatzpflichtig.

§ 310.

2. Die Pflichten der Handelsmäkler.

Der Handelsmäkler haftet für jeden durch die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers, deren Anwendung er zu beweisen hat, zugefügten Schaden, seinem Auftraggeber auf Grund des Mäklervertrags, jedem anderen, mit dem er verhandelt, kraft des Gesetzes (Art. 81). Das **österreichische** Gesetz (Art 69 al. 1) bestimmt die Richtungen der von den Handelsmäklern zu prästirenden Sorgfalt näher; es schreibt ihnen vor, die anvertrauten Geschäfte mit Fleiss, Vorsicht, Genauigkeit, Treue und Redlichkeit und mit Vermeidung alles desjenigen, was das Vertrauen in ihre Unparteilichkeit und in die Glaubwürdigkeit der von ihnen ausgehenden Urkunden schwächen könnte, zu besorgen.

Um die der amtlichen Eigenschaft entsprechende unparteiische Stellung, welche der Gesetzgeber den Funktionen der Handelsmäkler aufgeprägt hat, unverfälscht zu erhalten, sind besondere Amtspflichten derselben anerkannt; die wichtigsten sind folgende:

1. Sie sollen Handelsgeschäfte für eigene Rechnung weder unmittelbar, — auch nicht als socii ihrer Auftraggeber — noch mittelbar — durch andere —, auch nicht als Kommissionäre (also nicht in eigenem Namen für fremde Rech-

---

½ per mille des Nominalbetrages, bei anonymen Zeit- und Prämiengeschäften, die später als in einem Monat fällig sind, der 1½fache Betrag der einfachen Gebühr. Verord. f. **Wiener** Waarensensale v. 17. Januar 1877: 1‰—½‰ vom Gesammtwerthe des Börseschlusses. Ueber die Gremien der Handelsmäkler s. **Grünhut** l. c. S. 580 u. Note 52.

[18]) Ueber Verbote dieser Art s. **Laband** l. c. Note 79.

nung) machen (Art. 69 p. 1).[1] Ohne dieses Verbot kämen die Handelsmäkler häufig in die Versuchung, aus ihrer Unparteilichkeit herauszutreten, ihre Kenntniss von beabsichtigten Handelsoperationen zu eigenem Nutzen und zum Schaden ihrer Auftraggeber zu missbrauchen und aufgetragene Handelsgeschäfte, die sie für gut und gewinnbringend halten, für eigene Rechnung abzuschliessen; der Kaufmann könnte sich ihrer daher nicht mit vertrauensvoller Sicherheit bedienen, sondern müsste ihre Konkurrenz befürchten. Den Handelsmäklern ist es aber durch diese gesetzliche Bestimmung nicht verwehrt, sich an einer solchen gesellschaftlichen Unternehmung zu betheiligen, deren Organisation es mit sich bringt, dass die Geschäfte auch nicht mittelbar für sie abgeschlossen werden; sie können daher Aktionäre bei einer Handelsunternehmung sein, ebenso wie es ihnen gestattet ist, zu den anderen, gewöhnlichen Formen der Kapitalsanlage zu greifen. Uebrigens ist die Frage. ob das Verbot übertreten sei, mit Rücksicht auf das Bestreben des Gesetzgebers, einerseits die Unparteilichkeit des Handelsmäklers zu wahren und dessen Konkurrenz auszuschliessen, andererseits ihn auch nicht den mit Handelsunternehmungen verbundenen Chancen des Verlustes auszusetzen, in jedem einzelnen Falle nach Erwägung aller Umstände zu entscheiden.

Damit die Handelsmäkler absolute Neutralität zwischen den Parteien, die sie verwenden, zu bewahren vermögen und die Garantien, die der Gesetzgeber durch das Institut der amtlichen Mäkler dem Verkehr bieten will, nicht dadurch illusorisch gemacht werden, dass sie, wie die Parteien selbst, an den eventuellen Verlusten eines Handelsgeschäfts zu partizipiren in die Lage kommen, ist es nothwendig, dass sie in gar keiner Art, weder direkt noch indirekt, mit der Operation, in welche sich die Parteien einlassen, verknüpft seien; daher ist es ihnen auch verboten, für die Erfüllung der Geschäfte, die sie vermitteln, sich verbindlich zu machen oder Bürgschaft zu leisten (Art. 69 p. 1).[2] Dieses Verbot, für die Erfüllung einzustehen, verhindert aber den Handelsmäkler nicht, den Auftraggeber bei der Erfüllung zu v e r t r e t e n; das Gesetz stellt zwar eine Präsumtion gegen die Existenz einer solchen Vertretungsbefugniss bei der Erfüllung auf (Art. 67 al. 2); allein es kann dem Handelsmäkler eine Vollmacht zur Entgegennahme der Zahlung oder einer anderen Vertragsleistung besonders eingeräumt werden; das Verbot des Art. 69 p. 1 steht nicht im Wege;[3] denn dieses will nur verhüten, dass der Handelsmäkler persönlich in den von ihm vermittelten Geschäften als Schuldner, oder dadurch, dass er als Kommissionär handelt, als Gläubiger erscheine. Das österreichische Gesetz

---

[1]) Vgl. über dieses Verbot nach anderen Rechten G r ü n h u t l. c. S. 570 Note 32 u. 33; s. noch S t r u c k l. c. Note 412, 424, 425.

[2]) Preuss. Mot. S. 28, Prot. S. 118. Er haftet daher auch nicht unbedingt für die Echtheit des durch seine Vermittlung angekauften Wechsels, wie Art. 81 preuss. Entw. bestimmt hatte (Prot. S. 145 ff.), sondern nur, wie sonst, für Verschulden nach Art. 81 des H.G.B.

[3]) Anders D i e t z e l, Arch. f. W.- u. H.R. VII S. 298; dagegen v. H a h n zu Art. 67.

(Art. 67 al. 3) bestimmt sogar,[4]) dass der Handelsmäkler auch ohne besondere Vollmacht berechtigt ist, das Entgelt für Verkehrsgegenstände zu übernehmen, welche den Gegenstand seiner Vermittelung gebildet haben, wenn diese von ihm ausgefolgt werden, präsumirt also insoweit die Existenz einer Vollmacht.

Die Uebertretung der in Art. 69 p. 1 aufgestellten Verbote hat nach der ausdrücklichen, den allgemeinen Grundsatz des Art. 276 in einem speziellen Falle zur Anwendung bringenden Bestimmung des Gesetzes (Art. 69 p. 1) nicht die Ungültigkeit der betreffenden Geschäfte zur Folge;[5]) der Handelsmäkler setzt sich nur disziplinarischer Bestrafung aus, kann daher eventuell selbst aus solchen verbotswidrigen Geschäften klagen und erlangt durch den gewerbemässigen Betrieb derselben die rechtliche Stellung eines Kaufmanns mit allen Rechten und Pflichten eines solchen, so dass er auch als Kommissionär nach Art. 360 und 378 in Betracht kommen kann. Das **österreichische** Gesetz (Art. 84 c) bestimmt, dass, wenn der Handelsmäkler ein Handelsgeschäft für eigene Rechnung macht oder an dem Nutzen eines von ihm vermittelten Geschäfts auf irgend eine Weise theilnimmt, auf die Entsetzung vom Amte erkannt werden kann; in den anderen Fällen der Pflichtverletzung nach Art. 69 p. 1 können daher nur — wie überhaupt bei jeder Verletzung der Amtspflicht — **Ordnungsstrafen** (Verweis, Geldbussen von 10—100 Gulden) oder von **Disziplinarstrafen** nur Geldbussen von 100—1000 Gulden und Suspension vom Amte auf bestimmte Zeit verhängt werden.

2. Die Handelsmäkler dürfen zu keinem Kaufmann in dem Verhältnisse eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen stehen (Art. 69 p. 2). Das Verbot muss dem Geiste des Gesetzes gemäss von jedem ständigen Verhältniss gelten, welches die Unterordnung des Handelsmäklers gegenüber einer Handelsgesellschaft, sei es mit oder ohne Betheiligung an dem wirthschaftlichen Erfolg der Unternehmung, zur Folge hat. Daher muss auch nach dem Handelsgesetzbuch angenommen werden, dass, wie das **österreichische** Gesetz (Art. 69 p. 2) ausdrücklich hervorhebt, der Handelsmäkler auch nicht Mitglied des Vorstandes, Verwaltungsrathes oder Aufsichtsrathes einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien sein darf. Die Uebertretung dieses Verbotes ebenso wie des (unter 3) folgenden zieht lediglich disziplinarische Bestrafung nach sich.

3. Den Handelsmäklern ist es verboten, sich mit einander zu gemeinschaftlichem Betrieb der Mäklergeschäfte oder eines Theiles derselben zu assoziiren (Art. 69 p. 3); es sollen dadurch die Nachtheile verhütet werden, welche aus der Konzentration der Vermittelungsgeschäfte in einer Gesellschaft und in Folge der auf diese Weise beseitigten Konkurrenz unter den einzelnen amt-

[4]) Im Einklang mit § 209 revid. österr. Entw., gegen den die Nürnb. Konf. sich desshalb aussprach, weil es nicht üblich sei, einen Mäkler durch Uebergabe von Waaren etc. zum Geldempfang zu bevollmächtigen. Prot. 151.

[5]) So auch nach früherem Recht; anders die Bremische Waarenmäklerord. v. 1826, welche das verbotswidrige Geschäft für nichtig erklärt. Busch, Arch. VIII 287; Behrend, Lehrb. S. 153 Note 10.

lichen Mäklern hervorgehen könnten. Dagegen ist es ihnen gestattet, sich unter Zustimmung der Auftraggeber zur Vermittelung **einzelner** Geschäfte zu verbinden.[6])

4. Den Handelsmäklern liegt die Pflicht der **persönlichen** Thätigkeit ob (Art. 69 p. 4); [7]) sie müssen die ihnen übertragenen amtlichen Funktionen der Natur der Sache nach selbst ausüben; ein Hülfspersonal zur Bewältigung des kommerziellen und blos mechanischen Theils ihrer Berufsthätigkeit (der Buch-, Kassaführung, Zustellung der Schlussnoten, Korrespondenz u. s. w.) anzustellen ist ihnen selbstverständlich nicht verboten; nur zu den eigentlichen, auf die Vermittelung des abzuschliessenden Geschäfts sich direkt beziehenden Mäklerverrichtungen — insbesondere zur Entgegennahme der Aufträge und zur Ueberbringung des Konsenses der einen Partei an die andere, d. h. zur „Abschliessung der Geschäfte“ (Art. 69 p. 4) — dürfen sie sich eines Gehülfen — Unterhändlers — nicht bedienen (Art. 69 p. 6). Das österreichische Gesetz (Art. 69 p. 4) gestattet ihnen nunmehr aber auch, unter ihrer direkten Verantwortlichkeit Gehülfen zu verwenden, welche befugt sind, für ihre Rechnung Aufträge entgegenzunehmen und ihnen zu übermitteln.[8]) Würde der Handelsmäkler ein ihm aufgetragenes Geschäft ganz und gar durch seinen Gehülfen vermitteln lassen, so wäre zwar das betreffende Geschäft rechtsbeständig, aber nicht durch einen Handelsmäkler vermittelt, daher auch in Oesterreich in diesem Falle Art. 77 über die Beweiskraft der Eintragungen im Tagebuch und der Schlusszettel nicht zur Anwendung käme.

5. Den Handelsmäklern war von jeher die Pflicht zur Verschwiegenheit auferlegt: [9]) „Alles hören, nichts sagen.“ In dem Geheimniss liegt ja die Bedingung des Erfolgs der meisten Handelsoperationen; das Handelsgesetzbuch bestimmt daher, dass die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse geheim gehalten werden sollen, soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäftes geboten ist (Art. 69 p. 5); handelt der Mäkler

---

[6]) Grünhut l. c. S. 575 Note 35.

[7]) Das österreich. Ges. Art. 69 p. 8 bestimmt ausserdem, dass sie an den Börsen während der ganzen Börsezeit gegenwärtig sein oder für Vertretung durch einen Amtskollegen sorgen müssen; diese Vertretung ist dem Börsekommissär anzuzeigen, dessen Bewilligung erforderlich ist, wenn es sich um eine mehr als achttägige Stellvertretung handelt.

[8]) Wiener Börsestatut § 47: Die Börsekammer bestimmt, welche Anzahl von Gehülfen ein Sensal höchstens aufnehmen darf; diese Maximalzahl gilt für alle Sensale gleichmässig. Für die Gehülfen gelten die Bestimmungen des Art. 69 p. 1, 2, 5, 6, 7. Kein Gehülfe darf als solcher fungiren, bevor die Börsekammer seine Aufnahme genehmigt hat; diese Genehmigung ist jederzeit widerruflich. Die Namen der Gehülfen, sowie die der Senale, bei denen sie angestellt sind, werden, durch Anschlag an der Börse kundgemacht. Ebenso Prager, Börsest. § 45. Ueber die Zulässigkeit der Annahme von Gehülfen nach älterer preuss. (v. 1765), Hamburger u. Bremer Mäklerordnung s. Struck S. 194; über fremde Rechte, namentlich die commis-principaux und remisiers in Frankreich s. Grünhut l. c. S. 575 Note 37.

[9]) Grünhut l. c. S. 572 Note 34.

diesem Gebot zuwider, so kann eine Schadenersatzpflicht desselben nach Art. 81 begründet sein.

Die Pflicht zur Verschwiegenheit erstreckt sich aber in keinem Fall auf die Nennung des Namens der einen Partei gegenüber der anderen, so wichtig auch diese Geheimhaltung für die eine oder andere Partei im einzelnen Fall sein mag. Der Handelsmäkler ist vielmehr verpflichtet die Namen der Parteien einander bei dem Abschluss bekannt zu machen,[10]) also z. B. den Käufer zu nennen, an den er den aufgetragenen Verkauf, den Verkäufer zu nennen, von dem er den aufgetragenen Einkauf vermittelt hat; diese Verpflichtung ergibt sich daraus, dass der Handelsmäkler nur den Konsens der einen Partei an die andere vermittelt, nicht selbst den Konsens ertheilt, dass aber zum Vertragskonsens auch Konsens über das Vertragssubjekt gehört,[11]) ferner aus Art. 72, 73, welche die Eintragung der Namen der Kontrahenten im Tagebuch und in der ohne Verzug zuzustellenden Schlussnote[12]) vorschreiben und enthält endlich nur eine Konsequenz des in Art. 69 p. 7 aufgestellten Verbots, das aufgetragene Geschäft für eigene Rechnung oder als Kommissionär abzuschliessen oder sich für die Erfüllung verbindlich zu machen. Dürfte der Handelsmäkler die Namen der Parteien verschweigen, so wäre das Bestreben des Gesetzgebers, den Handelsmäkler strenge auf die blosse Vermittelung einzuschränken, illusorisch gemacht.

Der Verkehr scheint nun allerdings auf den Vortheil, der in der Geheimhaltung der Namen der Parteien gelegen ist, trotz des Gesetzes durchaus nicht verzichten zu können.[13]) Das Geheimniss lässt sich zwar ohne Anerkennung einer persönlichen Verpflichtung des Handelsmäklers, wenigstens was die Zahlungsfähigkeit des ungenannten Dritten betrifft, nicht wahren; sonst wäre es ihm ja möglich gemacht, ohne selbst einer Haftung ausgesetzt zu sein, hinterher eine zahlungsunfähige Person als Auftraggeber zu nennen; allein diese zur Wahrung des Geheimnisses unerlässliche Haftung des Handelsmäklers bestände schon nach Art. 81 zu Recht; denn der Handelsmäkler, der den dritten Kontrahenten nicht nennen würde, wäre nach Art. 81 haftbar, wenn er mit Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers einen zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht mehr kreditwürdigen Dritten als Gegenkontrahenten zugelassen hätte. Das österreichische Gesetz, das gleich dem Handelsgesetzbuch die Haftung des

---

[10]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 28 S. 106 ff.; Endemann § 165 Note 11.

[11]) Sohm in Zeitschr. f. H.R. XVII S. 50.

[12]) In der Konferenz wurde anerkannt, dass der verabredungsgemäss vorerst zu verschweigende Name nicht in den Schlusszettel aufzunehmen sei. Prot. 130.

[13]) Die Handelsmäkler haben sich auch in der That unter dem Drange der Verkehrsbedürfnisse und um die Konkurrenz mit den nicht amtlichen Mäkler und Kommissionären bestehen zu können, genöthigt gesehen, sich über die gesetzlichen Schranken hinwegzusetzen; sie schliessen als Selbstkontrahenten ab, verbürgen sich für die Erfüllung u. s. w. Vgl. über die Verhältnisse an der Berliner Börse Struck S. 216, 221, 222 (nach welchem die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft seit Anfang der sechziger Jahre unablässig darauf gedrungen haben, den Handelsmäklern die — faktisch geübte — Selbstübernahme und Verbürgung auch gesetzlich zu gestatten; über Frankreich und Italien s. Grünhut l. c. S. 571 Note 33.

Handelsmäklers für die Erfüllung verbietet, steht in der That auf diesem Standpunkte; es berechtigt (Art. 69a) den Handelsmäkler zur Verschweigung des Namens des Auftraggebers, also zu **anonymen** Geschäftsabschlüssen, aber nur unter der Voraussetzung, dass er sich vorläufig vor der Ausführung des Auftrags von dem Auftraggeber **angemessene Deckung** zustellen liess oder mit voller Beruhigung erwarten kann. Die Nothwendigkeit einer vorhergehenden Deckung fällt also weg, wenn volle Kreditwürdigkeit des Auftraggebers und demnach bonitas nominis vorhanden ist; ein Achtung gebietender kaufmännischer Name schützt den Handelsmäkler vor jeder Verantwortlichkeit. Lässt sich derselbe trotz der Vorschrift des Gesetzes keine Deckung geben, so haftet er der anderen Partei nicht unmittelbar für die Erfüllung — da diess durch Art. 69 p. 1 verboten ist — sondern nur in Anwendung des in Art. 81 aufgestellten Grundsatzes auf den speziellen Fall für den Schaden, der der anderen Partei daraus erwächst, dass das Geschäft durch sein Verschulden nicht mit einer Person abgeschlossen wurde, welche volle Beruhigung zu gewähren geeignet war. Diese Haftung kommt allerdings der Sache nach in der Regel auf eine in die Form einer Schadenersatzklage gekleidete Haftung für die Erfüllung hinaus. Neben dieser civilrechtlichen Haftung hat die Uebertretung des Verbotes des Art. 69a die Folge, dass auf Entsetzung vom Amte erkannt werden kann (Art. 84c, II. e).

Das gesetzliche Gebot, sich in der Regel Deckung geben zu lassen, ist eine Folge des gesetzlichen Verbotes, eine Garantie für die Erfüllung des Geschäftes zu übernehmen. Weil der Handelsmäkler selbst dann nicht für die Erfüllung haften soll, wenn er auch den Namen des Auftraggebers nicht genannt hat, so muss er sich vor der Ausführung des Auftrags zu einem anonymen Geschäftsabschluss in der Regel mit der Deckung versehen lassen. Offenbar denkt das Gesetz nicht daran, dass als Deckung in jedem Falle nur gerade der Schuldgegenstand von dem Auftraggeber zugestellt werden muss, also z. B. jene Papiere, deren Verkauf er durch den Handelsmäkler betreiben will oder von Seite des kaufenden Auftraggebers gerade eine den Kaufpreis darstellende Geldsumme; es können vielmehr was immer für Werthsachen als Deckung dienen, aus deren Erlös, sei es die zur Lieferung nothwendigen Waaren (Papiere u. s. w.), sei es die zur Zahlung nothwendigen Summen verschafft werden können. Die den Handelsmäkler zugestellte Deckung kann nicht als ein **Pfand** angesehen werden, das zur Sicherung einer Forderung des Handelsmäklers gegen seinen Auftraggeber zu dienen bestimmt ist; denn der Handelsmäkler kommt als solcher auch bei anonymen Geschäftsabschlüssen überhaupt nicht in die Lage, in einem diese Pfandbestellung nöthig machenden Sinne Gläubiger seines Auftraggebers zu werden; er erwirbt nur, wie immer, eine Forderung auf den Mäklerlohn und eventuell einen Regressanspruch im Falle seiner Schadenersatzpflicht wegen nicht angemessener Deckung (Art. 69a); es ist ihm ja strenge untersagt, sich für die Erfüllung des vermittelten Geschäftes verbindlich zu machen. Nur dann aber, wenn der Handelsmäkler bei anonymen Geschäftsabschlüssen zunächst selbst erfüllen, also durch diese Erfüllung Gläubiger seines Auftraggebers werden dürfte, könnte in der Pfandeigenschaft der Deckung eine wünschenswerthe und

genügende Garantie für den Handelsmäkler gefunden werden. Da sich aber der Handelsmäkler auch bei anonymen Geschäftsabschlüssen nicht selbst verbindlich machen darf, so fehlt es hier in der Regel ebenso wie bei nicht anonymen Geschäftsabschlüssen an einer die Sicherung durch ein Pfand nothwendig machenden Forderung; in dem einzigen Falle aber, wo eine solche Forderung von Bedeutung entsteht, nemlich wenn der Handelsmäkler bei anonymen Geschäftsabschlüssen wegen nicht angemessener Deckung haftet (Art. 69a, al. 2) und also einen Regressanspruch gegen seinen Auftraggeber erwirbt, ist wieder der Voraussetzung gemäss gar kein Pfand oder doch kein genügend werthvolles Pfand bestellt. Die Deckung des Art. 69a kann daher nicht als ein den Mäkler bestelltes Pfand, sondern muss als **antizipirte Erfüllung** der von dem anonymen Auftraggeber gegenüber dem dritten Kontrahenten einzugehenden Schuld aufgefasst werden, also entweder als anticipirte Lieferung der Waaren (Papiere u. s. w.) oder als anticipirte Zahlung des Preises u. s. w., resp. wenn, wie in der Regel, die gegebene Deckung mit dem Erfüllungsgegenstande nicht übereinstimmt, als anticipirte Leistung des Aequivalentes des Schuldgegenstandes. Im letzteren Falle liegt in der Thatsache der Zustellung dieser Deckung ein dem Handelsmäkler neben dem Hauptauftrag z. B. einen Kauf zu vermitteln stillschweigend ertheilter Nebenauftrag, der Nebenauftrag, sich für den Fall, dass der anonyme Auftraggeber selbst zur Verfallzeit den eigentlichen Schuldgegenstand nicht leisten sollte, aus der Deckung als dem Aequivalent des Schuldgegenstandes jene Mittel zu verschaffen, die für die Ausführung des Hauptauftrages durchaus nothwendig sind, ein Nebenauftrag, der nach allgemeinen Grundsätzen nicht mehr widerrufen werden kann, sobald der Hauptauftrag vollzogen ist, also nicht mehr res integra vorliegt. In der Deckung wird daher der Schuldgegenstand oder sein Aequivalent von den anonym bleiben wollenden Auftraggeber dem Handelsmäkler zugestellt und dann von diesem — im Einklang mit Art. 67 al. 3 — der anderen Partei übergeben; der Handelsmäkler kann und soll im Sinne des Gesetzes auch bei anonymen Geschäftsabschlüssen keine andere Rolle als die eines beauftragten Vermittlers spielen.

6. Der Handelsmäkler ist in Folge seiner amtlichen, ihm zur Förderung des Handelsverkehrs eingeräumten Stellung verpflichtet, bei Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen seine Dienste als Vermittler zu gewähren. Diese Verpflichtung muss um so mehr dort anerkannt werden, wo ihnen, wie den an den Börsen in Oesterreich angestellten Handelsmäklern, ein Monopol der Vermittelung zusteht, wo also die freie Konkurrenz anderer Vermitteler ausgeschlossen ist. Eine ungerechtfertigte Weigerung macht den Handelsmäkler nach Art. 81 schadenersatzpflichtig; ein Schaden kann in solchem Falle um so leichter vorhanden sein, als es sich gewöhnlich um Operationen handelt, die einen Aufschub nicht vertragen. In gewissen Fällen **dürfen** aber die Handelsmäkler ihre amtlichen Vermittlerdienste nicht gewähren; nach dem Handelsgesetzbuch (Art. 69 p. 6) ist es ihnen verboten von Abwesenden Aufträge zu übernehmen; die Parteien müssen, wenn auch nicht nothwendig in eigener Person, so doch durch

Bevollmächtigte [14]) in dem lokalen Amtsbereiche des Handelsmäklers gegenwärtig, also in der Lage sein, daselbst auf dem Platze ihre Aufträge dem Handelsmäkler selbst persönlich von Mund zu Mund — also nicht durch einen Unterhändler (Art. 69 p. 6 letzter Satz) — zu ertheilen. Eine Auftragsertheilung per nuntium oder per epistolam ist unzulässig; der von der ortsanwesenden sei es auch nicht einheimischen Partei oder deren Bevollmächtigten persönlich übernommene Auftrag darf aber auch stillschweigend ertheilt sein (arg. a contr. aus Art. 69 p. 6 Satz 1). Noch strenger behandelt das Handelsgesetzbuch die Annahme der Konsenserklärung; der Handelsmäkler darf zu keinem Geschäft die Einwilligung der Parteien oder deren Bevollmächtigten anders annehmen, als durch **ausdrückliche** und persönliche Erklärung (Art. 69 p. 6 Satz 1); er haftet nach Art. 81, ohne dass es eines weiteren Verschuldens bedarf, wenn er sich mit einer anderen Art der Konsenserklärung begnügt hat und sich hinterher herausstellt, dass ein Konsens nicht ertheilt war. [15]) Anders und den Verkehrsbedürfnissen mehr entsprechend [16]) verhält es sich in dieser Beziehung nach dem neuen **österreichischen** Mäklergesetz; dasselbe verbietet nur die Uebernahme brieflicher oder telegraphischer Aufträge von einer ausserhalb des Amtsortes des Handelsmäklers befindlichen Partei; ist aber die Partei innerhalb des Ortes, für den der Handelsmäkler bestellt ist, in eigener Person oder durch einen Bevollmächtigten anwesend, so darf auch der durch Boten, Briefe, Telegramme oder sonstige Korrespondenzmittel ertheilte Auftrag übernommen werden. Was die Annahme der Konsenserklärung betrifft, so hat das österreichische Gesetz die betreffende Bestimmung des Art. 69 p. 6 des H.G.B. ganz fallen gelassen: der Handelsmäkler darf zwar dessenungeachtet die Einwilligung der Partei oder deren Bevollmächtigten, selbst wenn sie ortsanwesend sind, nicht durch einen Gehülfen (Art. 69 p. 4), sondern muss sie immer persönlich — also nicht durch Brief, Telegramm u. s. w. — annehmen, wohl aber darf er sich auch mit einer stillschweigenden Erklärung begnügen. Hat er schuldbarer Weise eine stillschweigende Erklärung irrthümlich als Konsens ausgelegt, so haftet er nach Art. 81 für das negative Vertragsinteresse. Das **österreichische** Gesetz bestimmt ausserdem ausdrücklich (Art. 69 p. 6), dass die Handelsmäkler nicht für Personen Aufträge übernehmen dürfen, welche ihnen nicht persönlich bekannt sind, ohne sich vorher die Ueberzeugung ihrer Identität verschafft zu haben; diese Pflicht versteht sich nach dem Handelsgesetzbuche von selbst; denn der Mäkler könnte ohne vorhergehende Feststellung der Identität der Partei die Vorschriften des Art. 69 p. 6 nicht beobachten; [17]) ausserdem verbietet das

---

[14]) R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 97 S. 396.

[15]) R.O.H.G. IV Nr. 86 S. 415.

[16]) Vgl. bes. Struck S. 219, 220, der die vergeblichen von den Vorständen der Kaufmannschaften von Stettin, Danzig, Memel, Königsberg und Berlin im Jahre 1866 in grösserem oder geringerem Umfange befürworteten, in der Kommission des Abgeordnetenhauses gebilligten Versuche, Aufhebung des Art. 69 p. 6 für Preussen zu erzielen, eingehend schildert.

[17]) Endemann § 165.

österreichische Gesetz für Personen von bekannter Zahlungsunfähigkeit oder von deren Unfähigkeit, bindende Verpflichtungen einzugehen, die Handelsmäkler Kenntniss haben, Aufträge zu übernehmen (Art. 69 p. 6), oder Geschäfte zu vermitteln, rücksichtlich deren der gegründete Verdacht vorliegt, dass die Partei sie nur zum Scheine oder zur Benachtheiligung dritter Personen schliessen wolle, endlich solche Geschäfte, welche an der Börse in solchen Staatspapieren, Aktien oder anderen Handelspapieren geschlossen werden sollen, die im amtlichen Kursblatte der Börse nicht notirt sind (Art. 69 p. 7).[18]) Werden diese Verbote — abgesehen von der Identitätsfeststellung — übertreten, so **kann** auf die Entsetzung vom Amte erkannt werden (Art. 84c, II f.). Ein besonderes civilrechtliches Präjudiz ist für diese Fälle im Gesetze nicht aufgestellt; es bleibt daher bei der allgemeinen Haftung des Handelsmäklers nach Art. 81, die dann begründet ist, wenn er durch Nichtbeobachtung der schuldigen Sorgfalt eine Partei geschädigt hat. Der Handelsmäkler haftet daher z. B. nicht, wenn er die Insolvenz des Auftraggebers gekannt und der anderen Partei angezeigt hat;[19]) er setzt sich nur nach **österreichischem** Recht der Disziplinarstrafe aus.

7. Zu den wichtigsten Konsequenzen der amtlichen Stellung des Handelsmäklers gehört die Verpflichtung a) zur Führung eines Hand- und **Tagebuchs**[20]) (Art. 71 — im **österreichischen** Gesetz auch als „Journal" bezeichnet —), b) zur Ausstellung beglaubigter **Auszüge** aus dem Tagebuch (Art. 74), c) zur Zustellung von **Schlussnoten** (Art. 73) und d) zur Aufbewahrung der **Probe** (Art. 80).

a) Für die äussere und innere Form des **Tagebuchs** — nicht des Handbuchs — sind genaue, der Bedeutung desselben entsprechende, die Wahrheit der Eintragungen sichernde Bestimmungen gegeben. Um Einschiebung, Unterdrückung oder Austausch von Blättern zu verhüten, muss dasselbe vor dem Gebrauche Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet und der vorgesetzten Behörde zur Beglaubigung der Zahl der Blätter vorgelegt werden (Art. 71 al. 2).[21]) In das Tagebuch sind alle abgeschlossenen Geschäfte täglich — doch nicht nothwendig von dem Handelsmäkler persönlich — einzutragen und das Eingetragene von ihm persönlich täglich zu unterzeichnen (Art. 71 al. 1). Das Tagebuch stellt sich als ein detaillirtes Register von Beurkundungen der durch die Handelsmäkler vermittelten Geschäfte dar; denn die Eintragungen in dasselbe müssen die Namen der Kontrahenten, die Zeit des Geschäfts-

---

[18]) Ueber fremde Rechte Grünhut l. c. S. 577 Note 39—41.

[19]) Dernburg § 190; anders Anschütz u. Völderndorff, Komm. zu Art. 81; dagegen v. Hahn zu Art. 81 § 3.

[20]) Ueber fremde Rechte s. Grünhut l. c. Note 42 S. 577.

[21]) Das österreich. Ges. bestimmt näher, dass das Tagebuch von der beglaubigenden Behörde, d. i. dem Börsekommissär, resp. in Ansehung der nicht für Börsen bestimmten Mäkler der Gewerbsbehörde mit dem Namen des betreffenden Mäklers, der Zahl der Blätter und dem Tage der Beglaubigung zu versehen und mit einer Schnur zu durchziehen ist, deren Enden ämtlich zu siegeln sind (Art. 71 al. 2). Ist das Tagebuch vollgeschrieben, so hat es der Mäkler behufs Erlangung eines neuen dem Börsekommissär, resp. der Gewerbsbehörde vorzulegen, welche es nach erfolgter Vidirung zurückzustellen haben (Art. 71 al. 3).

abschlusses, die Bezeichnung des Gegenstandes und die Bedingungen des Geschäfts, den Preis und die Zeit der Lieferung, insbesondere bei Verkäufen von Waaren die Gattung und Menge derselben enthalten (Art. 72 al. 1). Das österreichische Gesetz schreibt ausserdem vor, dass an Börseorten auch anzugeben ist, ob das Geschäft in oder ausserhalb der Börse abgeschlossen wurde (Art. 72 Al. 1 letzter Satz), es gestattet ferner auf Verlangen der Parteien, bei mutuo dissensu aufgehobenen Geschäften auch den liberatorischen Vertrag einzutragen (Art. 72 al. 2).[22]) Die Eintragungen müssen nach dem Handelsgesetzbuch (Art. 72 al. 2) in deutscher Sprache oder sofern die Geschäftssprache des Ortes eine andere ist, in dieser, und in den Schriftzeichen einer lebenden Sprache (Art. 72 al. 3, Art. 32 al. 1) — also nicht der jüdischen — geschehen, nach **österreichischem** Gesetz (Art. 72 al. 3) in einer bei den Gerichten des Ortes zulässigen Sprache; sie müssen in der gehörigen Zeitfolge nach Ordnung des Datums und um zu verhüten, dass hinterher Geschäfte eingetragen werden, die nicht oder doch erst später abgeschlossen worden sind, ohne leere Zwischenräume — nach **österreichischem** Gesetz auch noch mit besonderer fortlaufender Zahlenbezeichnung — erfolgen. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht durch Durchstreichen oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, noch dürfen solche Veränderungen vorgenommen werden, bei deren Beschaffenheit es ungewiss ist, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind (Art. 72 al. 3, Art. 32 des H.G.B.).[23]) Das **österreichische** Gesetz (Art. 84 c II. d) bestimmt ausserdem, dass, wenn der Handelsmäkler in seinen Geschäften wisssentlich einen falschen Umstand angibt, bestätigt oder in sein Buch einträgt oder dieses verfälscht, auf die Entsetzung vom Amte erkannt werden kann.

Das Tagebuch muss im Falle der Beendigung des Amtes bei der Behörde (meist dem Amtsgericht) niedergelegt werden (Art. 75).[24]) Beiden Parteien

---

[22]) Auch in der Nürnb. Konf. wurde hervorgehoben, dass keine Verpflichtung zur Eintragung jener Uebereinkunft der Parteien besteht, durch welche der abgeschlossene Vertrag wieder aufgehoben oder als erloschen anerkannt worden ist. Prot. 151.

[23]) Wiener Börsest. § 45, wonach Einschaltungen oder Korrekturen im Tagebuch der Bewilligung des Börsekommissars bedürfen und derart vorzunehmen sind, dass die durchstrichene Post leserlich bleibt, dass der berichtigte Inhalt des Geschäfts unter einer neueren Positionszahl angeführt wird mit der vom Börsekommissar zu unterzeichnenden Bemerkung, dass er seine Einwilligung zur betreffenden Einschaltung oder Aenderung gegeben und dass bei der gelöschten und berichtigten Post eine gegenseitige Beziehung anzusetzen ist. Radirungen sind unbedingt verboten. Ebenso Prager Börsest. § 43.

[24]) Vgl. nach Wiener Börsest. § 45 al. 2: Die Tagebücher und zwar auch die ausser Gebrauch gesetzten sind im Börsegebäude unter Verschluss von den Sensalen zu verwahren. § 46: Der Börsekommissär übernimmt die Tagebücher beurlaubter, suspendirter, entlassener oder verstorbener Sensale, nachdem sie vom Sensal selbst oder dessen Personalinstanz unter Siegel gelegt worden sind und bewahrt sie auf. Wird die Einsicht in solche Tagebücher oder auch in jene von Sensalen erfordert, welche aus was immer für einem Grunde an ihren Amtsverrichtungen verhindert sind, oder wird von Parteien ein Auszug aus denselben verlangt, so ist der Börsekommissär von Amtswegen befugt, die Bücher zu öffnen und die Auszüge zu machen. Die Eröffnung versiegelter Tagebücher geschieht in Gegenwart von zwei Börseräthen; das entsiegelte Tagebuch wird nach gewonnener Einsicht sogleich wieder versiegelt unter Beifügung des amtlichen Siegels.

steht nach dem österreichischen Gesetz (Art. 76 al. 3) — jedoch nur rücksichtlich des sie betreffenden Geschäftes und unbeschadet der in Art. 69a gegebenen Vorschrift über anonyme Geschäftsabschlüsse — ein festes Recht auf Einsichtnahme zu; dritten Personen darf mit gleichen Beschränkungen nur in Folge amtlicher Aufträge oder mit Zustimmung der Parteien die Einsicht des Tagebuchs gestattet werden (Art. 76 al. 4). Der Richter kann im Laufe eines Rechtsstreites, **selbst ohne Antrag** einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs verordnen, um dasselbe einzusehen und mit der Schlussnote, den Auszügen und anderen Beweismitteln zu vergleichen (Art. 79). Die Vorschrift des Art. 39 des H.G.B. gilt für die Edition des Tagebuches in **Oesterreich** (Art. 79 al. 2), ist aber für **Deutschland** durch § 399 C.P.O. ersetzt und daher durch das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 13 Punkt 2 aufgehoben worden.

b) Der Handelsmäkler ist verpflichtet, beiden Parteien zu jeder Zeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche auszustellen, die er vermöge seines Amtskarakters zu beglaubigen hat und die Alles enthalten müssen, was in Ansehung des die Parteien angehenden Geschäftes eingetragen ist (Art. 74).[25]) Auch **dritten** Personen dürfen nach österreichischem Gesetz (Art. 76 al. 4) solche beglaubigte Auszüge ertheilt werden, doch nur mit Zustimmung der Parteien oder in Folge amtlichen Auftrags. Die Vorschrift des **österreichischen** Gesetzes Art. 69a über anonyme Geschäftsabschlüsse muss auch bei dieser Gelegenheit selbstverständlich von dem Handelsmäkler beachtet werden.

c) Der Handelsmäkler ist verpflichtet (Art. 73) ohne Verzug, also mit Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers, nach Abschluss des Geschäfts jeder Partei eine von **ihm** unterzeichnete, nach **österreichischem** Gesetz auch mit der Zahl, mit welcher das Geschäft in sein Tagebuch **eingetragen** ist, — diese Eintragung muss also vorausgehen[26]) — versehene **Schlussnote** zuzustellen, deren Inhalt mit der Eintragung im Tagebuch nach Art. 72, die nach dem Handelsgesetzbuch vorausgehen oder nachfolgen kann, übereinzustimmen hat. Bei betagten Geschäften, deren Erfüllung also vertragsmässig nicht sofort zu geschehen hat, muss ausserdem eine Unterzeichnung der Schlussnoten von Seite der **Parteien** erfolgen und jeder Partei das von der anderen unterschriebene Exemplar übersendet werden. Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlussnote, so muss der Handelsmäkler davon der anderen Partei ohne Verzug Anzeige machen. Das Gesetz wollte dadurch jeder Irrung, jedem Missverständniss über das abgeschlossene Geschäft vorbeugen; in der Ertheilung der Unterschrift liegt eine Anerkennung von Seite der Partei, die Schlussnote

---

sowie der Siegel und der Unterschriften der beiden Börseräthe. Ebenso Prager Börsestatut § 44. Auch in der Nürnb. Konf. wurde hervorgehoben, dass der Behörde das Recht zusteht, auch bei einer zeitweiligen Entfernung des Mäklers aus seinem Amte (Suspension) die Ablieferung der Bücher zu verlangen. Prot. 132.

[25]) In der Nürnb. Konf. wurde anerkannt, dass die Behörde, bei der die Bücher nach Art. 75 deponirt sind, zur Ausstellung solcher Auszüge verpflichtet ist. Prot. S. 132.

[26]) Ebenso preuss. Entw. Art. 73. In der Konferenz wollte man diese Frage nicht entscheiden. Prot. S. 130, 968.

behält aber selbstverständlich ihre amtliche Eigenschaft, auch wenn die Unterschrift verweigert wird. Das **österreichische** Gesetz (Art. 73 al. 2) bestimmt ausserdem, dass bei anonymen Geschäftsabschlüssen die Aufnahme der Namen der Parteien in die Schlussnote nicht nothwendig ist, und dass bei anonymen Zeitgeschäften der Handelsmäkler die von den Parteien unterfertigten Schlussnoten aufzubewahren und jeder Partei, welcher der Name der anderen Partei unbekannt bleiben soll, blos von ihm unterzeichnete Schlussnoten zuzustellen hat (Art. 73 al. 5).

Die Perfektion oder Geltung eines von einem Handelsmäkler vermittelten Geschäftes ist, abgesehen von besonderer Vereinbarung der Parteien, weder von der Eintragung in das Tagebuch, noch von der Zustellung der Schlussnote abhängig;[27]) Eintragung und Schlussnote sollen das abgeschlossene Geschäft beweisen, nach dem Gesetze aber (Art. 76) keineswegs Erfordernisse der Perfektion oder Geltung des Geschäftes sein. Das Geschäft ist, da der Handelsmäkler nur Vermitteler, nicht Bevollmächtigter ist, in demselben Augenblicke perfekt, in welchem die Perfektion eingetreten wäre, falls die Parteien ohne Zuziehung eines Handelsmäklers mit einander verhandelt, den Antrag gestellt und die Annahme des Antrags erklärt hätten (Art. 318 ff. des H.G.B.)[28]) Ist nach diesen Grundsätzen der Vertrag perfekt geworden, so kommt es weiter nicht darauf an, ob die Eintragung in das Tagebuch geschehen, die Schlussnoten zugestellt und von den Parteien unterzeichnet sind; es darf kein Theil von dem abgeschlossenen, gültigen Vertrage einseitig zurücktreten.

d) Beim Verkauf nach Probe hat der Handelsmäkler die Pflicht (Art. 80) von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, nachdem er dieselbe behufs der Wiedererkennung gezeichnet hat, so lange aufzubewahren, bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise, also z. B. ohne Vollzug der Lieferung erledigt ist. Die Pflicht zur Aufbewahrung der Probe entfällt, wenn beide Parteien dieselbe erlassen haben oder wenn der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet. Durch diese Berücksichtigung der Usance wird dem Handelsmäkler, der ja nicht wie der Kommissionär Magazine zu halten pflegt, manche Belästigung erspart. Ist durch Verschulden des Mäklers die Probe ganz oder zu einem solchen Theil abhanden gekommen, resp. unbrauchbar geworden, dass eine Prüfung der Probemässigkeit der Waare dadurch unmöglich gemacht wird, so haftet er nach Art. 81.

---

[27]) Anders österreich. Hofkammerdekret v. 4. Januar 1815 (Fischer-Ellinger, H.R. § 168), rev. österr. Entw. § 205, dagegen preuss. Entw. Art. 76 Mot. S. 41. Prot. S. 133, 969.

[28]) R.O.H.G. VII Nr. 28 S. 106.

§ 311.

3. Die Rechte und Pflichten des Privathandelsmäklers.[1])

Der Privathandelsmäkler ist Kaufmann (Art. 272 Z. 4, Art. 4); übernimmt er einen Vermittelungsauftrag, so erzeugt der Mäklervertrag Rechte und Pflichten desselben **nur gegen** den Auftraggeber.[2]) Die in dem Amtskarakter des Handelsmäklers begründete unparteiische Stellung zwischen den Kontrahenten kommt ihm nicht zu; er ist daher nicht verpflichtet, die beiderseitigen Interessen, sondern nur die seines Auftraggebers und zwar gemäss Art. 282 des H.G.B. mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen, er haftet daher z. B. wenn er seinem Auftraggeber einen zahlungsunfähigen Kontrahenten schuldbarer Weise vorgeschlagen hat.[3])

In wie weit die Sorge für den Beweis des vermittelten Geschäftes, namentlich dadurch, dass von dem Privathandelsmäkler ausgestellte Schlusszettel über den Inhalt des Geschäftes von den Parteien unterzeichnet werden, einen Bestandtheil der durch Art. 282 gebotenen Sorgfalt ausmacht, ist in Ermangelung besonderer Vereinbarung als quaestio facti mit Rücksicht auf den Geschäftsgebrauch zu beurtheilen; ebenso verhält es sich mit der Sorge für die Aufbewahrung der Probe beim Verkauf nach Probe und mit der Pflicht zur Verschwiegenheit. Eine allgemeine, kraft Rechtsnothwendigkeit eintretende Pflicht zur Führung eines Hand- und Tagebuchs, zur Zustellung von Schlussnoten, zur Aufbewahrung der Probe und zur unbedingten Verschwiegenheit, wie sie für den Handelsmäkler anerkannt ist, kann für den Privatmäkler, dem es ja an dem amtlichen Karakter fehlt, nicht angenommen werden; er ist nur als Kaufmann, wie jeder andere Vollkaufmann, nach Art. 28 des H.G.B. zur Buchführung unbedingt verpflichtet.

Dass die Perfektion eines von einem Privathandelsmäkler vermittelten Geschäftes in Ermangelung einer entgegengesetzten Vereinbarung weder von der Eintragung in ein Buch, noch von der Aushändigung einer Schlussnote abhängig ist, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst. Ebenso bringt es die Natur der Vermittelung mit sich, dass der Privathandelsmäkler als solcher im Zweifel weder bevollmächtigt ist, die Erfüllung anzunehmen, noch eine blos ihm mitgetheilte Erklärung einer Partei so zu behandeln, als ob sie dadurch schon an die andere Partei gelangt wäre.

Dass die übrigen besonderen, oben unter 1—3 auseinandergesetzten Amtspflichten des Handelsmäklers für den Privathandelsmäkler nicht bestehen, ergibt sich daraus, dass jene Amtspflichten nur die Basis für die besonderen Rechte der Handelsmäkler abgeben; dem Privathandelsmäkler ist es daher nicht verboten, Handelsgeschäfte für eigene Rechnung zu machen oder sich für die Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte verbindlich zu machen; sie dürfen

---

[1]) Vgl. bes. Goldschmidt, Gutachten über den Entw. des H.G.B. S. 44 ff; v. Hahn, Zus. 2 zum 7. Titel 1. Buch.

[2]) Endemann § 165 Note 9.

[3]) Endemann § 165 Note 7.

auch zu einem Kaufmann in dem Verhältniss eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen stehen und sind dann nur dem Verbote der Art. 56 und 59 des H.G.B. unterworfen; sie dürfen sich mit einander zu gemeinschaftlichem Betrieb der Mäklergeschäfte assoziiren; die Pflicht zur persönlichen Thätigkeit liegt ihnen in keinem weiteren Umfange als dem Kommissionär ob; sie dürfen, wie dieser, unter Umständen eine Substitution vornehmen; auch steht es ihnen frei, einen ihnen gemachten Antrag zu einem Mäklervertrag anzunehmen oder zurückzuweisen; doch gilt das blose Schweigen unter den Voraussetzungen des Art. 323 als Annahme.

Der Privathandelsmäkler hat als Kaufmann auch ohne besondere Verabredung gegenüber seinem Auftraggeber ein Recht auf Vergütung (Courtage) für die in seinem Gewerbebetrieb besorgten Geschäfte und geleisteten Dienste (Art. 290 des H.G.B.) und zwar im Zweifel nach den an dem betreffenden Orte für Privathandelsmäkler gewöhnlichen Sätzen. Auch für den Privathandelsmäkler gilt der in der Natur seines Gewerbebetriebes begründete Grundsatz, dass er das Recht auf den Mäklerlohn in Zweifel erst dann erworben hat, wenn er seine Pflicht als Mäkler erfüllt, also das Geschäft zum Abschluss gebracht hat. Hat er bereits erhebliche Mühe für das Zustandekommen des Geschäftes unter den Kontrahenten aufgewendet und wird dann das Geschäft mit Umgehung des Mäklers — sei es auch ohne mala fides — von dem Auftraggeber selbst mit dem anderen Kontrahenten abgeschlossen, so kann er gemäss Art. 290 von dem Auftraggeber eine angemessene Entschädigung verlangen. Der Privathandelsmäkler kann, wenn er die entgegengesetzten, einander entsprechenden Aufträge (z. B. zum Kauf, resp. Verkauf) zweier verschiedener Auftraggeber zur Vermittelung eines Handelsgeschäftes übernommen und das Geschäft ohne die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei dem Interessenkonflikte zu verletzen zwischen den Parteien vermittelt hat, von beiden Theilen als seinen Auftraggebern den Mäklerlohn beanspruchen. [4])

[4]) R.O.H.G. VII Nr. 23 S. 90; IX Nr. 74 S. 240.

II. Kommissionsgeschäft.[1]

§ 312.

A. Geschichtliche Entwickelung und ökonomische Vortheile des Kommissionsgeschäfts.[2]

Heutzutage ungewöhnlich verbreitet, die Ausdehnung und Blüthe des Handelsverkehrs mächtig beeinflussend, ja zu einem wahrhaft nothwendigen Hülfsmittel des modernen Handelsverkehrs entwickelt, war das Kommissionsgeschäft als solches den Völkern des Alterthums unbekannt. Bei den Römern fand der Handelsverkehr in der Verwendung der Hauskinder und Sklaven als Institoren [3]) die volle Befriedigung seines Bedürfnisses nach Führung und Beschleunigung der Geschäfte. Neben diesen natürlichen und unentgeltlichen Agenten konnte die Verwendung von anderen ausserhalb der Familie stehenden Personen als Gehülfen des Handelsgewerbes nur hie und da vorkommen, jedenfalls nicht häufig genug, um das Bedürfniss nach berufsmässigen Kommissionären entstehen zu lassen. Wenn aber auch die Römer den Kommissionshandel als solchen, in der Art, wie er im modernen Handelsverkehre geübt wird, nicht gekannt haben, so finden sich dessen ungeachtet die juristischen Umrisse des heutigen Kommissionsgeschäftes schon im römischen Rechte vorgezeichnet. Der moderne Kommissionär ist dem römischen Mandatar in dem juristischen Typus sehr nahe verwandt.

Auch im Mittelalter lassen sich nur Keime des Kommissionshandels erkennen. Lange Zeit scheint die **Accomenda**, **Accomandita** oder **Commenda** (eine Art der Sozietätsbetheiligung), ferner die wesentlich gleichartige **Implicita** den Zweck des Kommissionsgeschäfts erfüllt zu haben.[4])

---

[1]) Literatur: Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels (Wien 1879); s. daselbst die ausführliche Literaturangabe des In- und Auslandes S. 30—35. Dazu kommt jetzt insbesondere v. Hahn, Komm. (2. Auflage) zu Art. 360—379.

[2]) Grünhut S. 1—30; s. jetzt auch Lepa in Zeitschr. f. H.R. XXVI S. 438—482.

[3]) Praepositi loco l. 11 § 6, D. de inst. act. 14. 3.

[4]) Vgl. Goldschmidt, de societate en commandite S. 4; Renaud, Kommanditgesellschaften S. 1 ff.; Lastig in Zeitschr. f. H.R. XXIV S. 400, 403; Lepa l. c. S. 448 ff.

Als sich mit dem Aufschwunge des Handelsverkehrs die Spekulationen des Kaufmannes immer mehr in fremde Länder erstreckten, so errichtete er, um sich eine längere schadenbringende Abwesenheit von dem Sitze seiner Hauptniederlassung zu ersparen, auf wichtigen Handelsplätzen in der Ferne Niederlassungen und liess die Geschäfte daselbst durch Institoren, Faktoren betreiben. Diese Institution hatte aber neben unbestreitbaren Vortheilen manche Uebelstände und Gefahren im Gefolge. Der Prinzipal musste einerseits dem Faktor grosses Vertrauen gewähren; denn der letztere hatte das wirthschaftliche Schicksal des ersteren in seiner Hand und konnte durch missbrauchliches Gebahren die Stellung und das Vermögen desselben gefährden; andererseits musste dem Faktor, da er dauernd angestellt war, der vereinbarte Lohn entrichtet werden, wie immer der Erfolg und die Bedeutung der für das Haus abgeschlossenen Geschäfte beschaffen gewesen sein mochte, selbst dann, wenn das Resultat dieser Geschäfte hinter den aufgewendeten Kosten zurückgeblieben war. Verdoppelte Erwägungen der Sparsamkeit und Vorsicht mussten darauf führen, ein Mittel zu finden, das geeignet war, einerseits die mit der Institution der Faktoren verknüpften Vortheile zu erhalten, andererseits die von derselben untrennbaren Gefahren und Nachtheile vermeiden zu lassen, und dieses Mittel bot sich darin, dass der Kaufmann seine Geschäfte an entfernten Orten, statt durch einen Institor, Faktor, durch einen daselbst angesessenen, der dortigen Verhältnisse kundigen Korrespondenten besorgen liess, welcher, für jede Geschäftsoperation besonders bestellt, **in eigenem Namen,** kontrahirte, den speziell ihm ertheilten Instruktionen zu gehorchen verpflichtet war und, da er von verschiedenen Kaufleuten solche Aufträge entgegennahm, sich mit einer mässigen, im Verhältniss zu den ausgeführten Geschäften bemessenen Vergütung (Provision) begnügen konnte. So kam das selbständige Kommissionsgeschäft in Aufnahme.

Wann der Kommissionshandel eigentlich entstanden und wie er allmälig ausgebildet worden sei, lässt sich nicht mit Genauigkeit angeben; sehr wahrscheinlich ist es, dass seine grössere Entwickelung mit der Einführung und Ausbreitung der Briefpost im 16. Jahrhunderte in nahem Zusammenhange steht, wenigstens durch die letztere wesentlich unterstützt und gefördert worden ist.

Mit der Erweiterung des Handelsverkehrs und dem Aufblühen des Kommissionshandels vermehrten sich die Gelegenheiten zu Waarensendungen; die Empfangnahme und Weiterversendung fremder Ladungen, wurde zu einem besonderen Gewerbebetriebe, der **Spedition,** welche in Folge der grossen Vortheile, die es für den Handelsverkehr haben musste, wenn sich überall, auch an unbekannten Orten Personen öffentlich dazu erboten, die Empfangnahme, Versendung und Weiterschaffung der in der Ferne gekauften oder zu verkaufenden Waaren gegen Provision zu besorgen und den Transport derselben zu vermitteln, als ein besonderer Zweig der Kommission, bald in lebendige Wirksamkeit treten und schnelles Wachsthum erlangen musste. Der Einfluss, welchen

---

Ueber das verwandte insbesondere aus der tabula amalphitana bekannte Vertragsverhältniss der Colonna oder Columna Laband in Zeitschr. f. H.R. VII S. 296. 305 ff.; Renaud l. c. S. 16 ff.

das Speditionsgewerbe auf den Aufschwung des inneren Handelsverkehrs und den allgemeinen Wohlstand äusserte, veranlasste Staaten und Städte, dasselbe durch verschiedene Einrichtungen (Packhöfe, Kauf-, Waag- und Lagerhäuser, beeidigte Güterbestätter u. s. w.) zu begünstigen, in Schutz zu nehmen und es vielfach obrigkeitlich zu reglementiren, zugleich aber auch durch Zölle und andere auf den durchgehenden Handel gelegte Lasten (Umgeld, Wege- und Brückengelder, Accise u. s. w.) zu einer ergiebigen Finanzquelle zu gestalten. Nun machte sich allenthalben das Bestreben geltend, durch gewisse, von einzelnen Städten auf Grund kaiserlicher und landesherrlicher Privilegien erworbene Gerechtsame (so des Stapelrechts, Stationsrechts, Strassenzwangsrechts, Stadteinlagerrechts), den durchgehenden Handel an sich zu ziehen, ihn in seinem Gange aufzuhalten und die Nothwendigkeit der Vermittlung durch Spediteure künstlich zu erzwingen. In Folge dieser Einrichtungen und Privilegien bedurfte der Kaufmann, der seine Waaren selbst nicht mehr begleitete, nothwendig der Mitwirkung fremder Personen als **Spediteure,** gewöhnlich eines Bürgers des bevorrechteten Ortes selbst, der die von dem Absendungs- oder dem nächsten Speditionsorte her bezahlten Zölle, die sonstigen Kosten nebst Fracht, sowie die an dem Orte selbst erforderlichen Kosten vorzuschiessen und den Weitertransport der Waare zu besorgen hatte. Wo es fremden Kaufleuten unmöglich gemacht war, selbst oder durch Faktoren ihre Waare ausserhalb der Messzeit zu verkaufen, wo ferner das Stapelrecht in der härtesten Gestalt des Stadteinlagerrechts (jus emporii) bestand, mussten sich die Kaufleute, wenn sie einen Vorrath von Waaren zu versilbern wünschten, eines an dem Orte befindlichen, zur betreffenden Innung gehörigen Kaufmannes als Verkäufers bedienen; es war ihnen daher wie die Verwendung von Spediteuren, so auch die Bestellung gewisser Bürger des bevorrechteten Orts als **Verkaufskommissionäre** künstlich auferlegt.

Von entscheidendem Einfluss auf die Entwickelung des Kommissionsgeschäftes waren die mannigfachen ökonomischen Vortheile, welche der Abschluss von Handelsgeschäften durch Vermittlung eines Kommissionärs darbietet, Vortheile, die sich insgesammt als Folgen des Umstandes ergeben, dass der Kommissionär **in eigenem Namen** und nicht als Stellvertreter handelt, also eines Umstandes, der an und für sich anscheinend geringfügig, in Wahrheit aber wichtig genug ist, um dem Kommissionsgeschäfte seine bedeutungsvolle Rolle im Handelsverkehre zu sichern und den grössten Theil jener Uebelstände und Unzukömmlichkeiten vermeiden zu lassen, welche mit der Vermittlung durch Stellvertreter, (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Bevollmächtigte zu einzelnen Handelsgeschäften, Agenten) untrennbar verknüpft sind.

Bei dem Abschlusse durch Stellvertreter bleibt der Prinzipal, resp. Vollmachtgeber nicht unbekannt und vermag daher nicht inkognito zu operiren, denn der Stellvertreter handelt im Namen des Prinzipals resp. Vollmachtgebers, er muss daher den letzteren ausdrücklich oder stillschweigend bekannt geben. Der Prinzipal resp. Vollmachtgeber hat aber in der Regel ein grosses Interesse daran, dass über seinen geschäftlichen Beziehungen und Operationen ein, wenn

möglich, undurchdringlicher Schleier gebreitet bleibe. Beim Abschluss durch Kommissionäre kommt nun dem Kommittenten dieser Vortheil des **Geheimnisses** zu Gute; denn der Kommissionär handelt in **eigenem Namen**; er ist nicht gezwungen, den Auftraggeber zu nennen, für dessen Rechnung er handelt; die von dem Kommittenten beabsichtigte Spekulation braucht daher nicht vorzeitig bekannt zu werden.[5])

Bei dem Abschlusse durch Stellvertreter ist der Vollmachtgeber allein und nicht der Stellvertreter verpflichtet; der Dritte, mit dem der Stellvertreter kontrahiren will, und der oft in gänzlicher Unkenntniss rücksichtlich der Kreditwürdigkeit des Vollmachtgebers und der Existenz der Vollmacht schwebt, ist, um mit Sicherheit abschliessen zu können, genöthigt, einerseits über die wirthschaftliche Stellung, die Zahlungsfähigkeit und Ehrenhaftigkeit des häufig an einem entfernten Orte wohnenden und ihm unbekannten Vollmachtgebers Informationen einzuholen, andererseits sich zugleich darüber Gewissheit zu verschaffen, dass die Vollmacht für jedes abzuschliessende Handelsgeschäft auch wirklich vorhanden sei, dass also der Stellvertreter, welcher ja nur den Vollmachtgeber und nicht sich selbst verpflichten will, auch wirklich die Befugniss habe, den Vollmachtgeber zu verpflichten.[6]) In diesen durch die Vorsicht gebotenen Erwägungen liegt aber eine Quelle der Langsamkeit und Verzögerung für die Geschäftsabschlüsse des Handelsverkehrs; sie müssen nothwendig hemmend, daher in den meisten Fällen schädlich wirken, da ja im Handelsverkehr der Erfolg oft von der schnellen Benützung des richtigen Augenblickes abhängt und die günstige Gelegenheit für die beabsichtigte Handelsoperation leicht vorübergeht, so dass diese dann gänzlich fallen gelassen werden muss. Bei dem Abschlusse mit einem Kommissionär fehlt es für den Dritten, da der Kommissionär in eigenem Namen handelt, an jedem Grund, sich nach dem kaufmännischen Rufe und der Zahlungsfähigkeit des Kommittenten zu erkundigen oder sich von der Existenz der Vollmacht zu vergewissern, denn der dritte Kontrahent verpflichtet durch den Geschäftsabschluss mit dem Kommissionär nur diesen und nicht den Vollmachtgeber. Da nun der Kommissionär an dem Orte abzuschliessen pflegt, wo er etablirt, also auch genügend bekannt ist, so wird seine Zahlungsfähigkeit, die ja als die einzige Garantie des dritten Kontrahenten erscheint, leicht gewürdigt und daher das Geschäft ebenso rasch abgeschlossen werden können, als es proponirt worden ist. Wie daher der dritte Kontrahent einerseits schneller und sicherer mit einem Kommissionär als mit einem Stellvertreter zu kontrahiren vermag, so ist der Kommissionär andererseits in der Lage, im Interesse des Kommittenten den für den Geschäftsabschluss günstigsten Augenblick wahrzunehmen und in demselben sofort zu handeln.

Damit hängt noch ein anderer, aus der Verwendung von Kommissionären

---

[5]) Den gleichen Vortheil des Geheimnisses gewährt auch der Abschluss durch Mäkler bei sog. anonymen Geschäftsschlüssen; s. oben S. 147 ff.

[6]) Das Kontrahiren mit einem Prokuristen, der ja eine gesetzlich fest umschriebene Vollmacht hat (Art. 42 H.G.B.), gewährt in diesem letzteren Punkte dem dritten Kontrahenten ebenfalls volle Sicherheit.

hervorgehender Vortheil zusammen, der das Kommissionsgeschäft insbesondere geeignet macht, den Verkehr in weite Entfernung hin ausserordentlich zu erleichtern. Der Kommissionär kann einem an und für sich kreditwürdigen Kommittenten, der aber im Verkehrskreise des Kommissionärs unbekannt, daher kreditlos ist, dessen an und für sich vorhandene Kreditkraft demgemäss insoweit unbenützt und brach liegen müsste, jenen Kredit indirekt verschaffen, welchen er, der Kommissionär, selbst an dem Orte des Geschäftsabschlusses geniesst, und so für den betreffenden Kommittenten Geschäftsabschlüsse wesentlich erleichtern, unter Umständen überhaupt erst ermöglichen; denn da der Kommissionär in eigenem Namen handelt, und daher nicht den Kommittenten, sondern nur sich selbst gegenüber dem dritten Kontrahenten verpflichtet, so braucht sich dieser nur um die Kreditwürdigkeit des Kommissionärs, als die einzige und ihm genügende Garantie, und nicht um die Kreditwürdigkeit des Kommittenten zu kümmern. Bei dem Abschlusse durch einen Kommissionär ist daher der Kommittent in der Lage, sich den Kredit des Kommmissionärs zu Nutzen zu machen, und so Handelsspekulationen an einem entfernten Orte zu unternehmen, an dem er selbst vielleicht ganz unbekannt ist, wo er also auch keinen Kredit geniesst und wo es daher für einen Stellvertreter schwierig, ja unmöglich wäre, für den Kommittenten abzuschliessen.

Wie seine Kreditkraft, so kann der Kommissionär dadurch, dass er in eigenem Namen abschliesst, dem Kommittenten auch seine Kapitalskraft zur Verfügung stellen, denn der Kommissionär verpflichtet den dritten Kontrahenten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschliesst, nur sich selbst und nicht dem Kommittenten gegenüber, er kann daher, wenn ihm Waaren zum Verkaufe übersendet werden, dem Kommittenten ungefährdet Vorschüsse auf das Kommissionsgut ertheilen, da er rücksichtlich des Kaufpreises gegenüber dem dritten Käufer allein als der Forderungsberechtigte erscheint. So kann der von dem Kommittenten anticipando erlangte Werth des Kommissionsgutes die Kapitalcirkulation nähren, bevor noch das Kommissionsgut selbst einem dritten Kontrahenten verkauft, ja während dasselbe noch im Rollen ist.

Durch die Verwendung eines Kommissionärs vermag sich der Kommittent auch jene Vortheile und Bonifikationen zu verschaffen, welche der Kommissionär am Orte des Geschäftsabschlusses seinen Geschäftsverbindungen und seiner speziellen Kenntniss der Lokalverhältnisse zu verdanken hat.

Nicht selten sieht sich der Vollmachtgeber in die Nothwendigkeit versetzt, die Ausführung des auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Geschäftes, sei es im Wege der Klage oder Einrede, verlangen zu müssen. Der Kommissionär bedarf nun, da er im eigenen Namen gehandelt hat, nicht erst einer besonderen Vollmacht, um aktiv oder passiv vor Gericht auftreten zu können; er kann die Erfüllung des für Rechnung des Kommittenten, aber in eigenem Namen abgeschlossenen Geschäftes aus seinem eigenen Rechte verfolgen.

Der Bevollmächtigte ist in der Lage, die Vollmacht missbrauchen und durch auftragswidrige, mehrfache Ausführung eines im Rahmen der Vollmacht

gelegenen Geschäftes den Vollmachtgeber mehrfach obligiren zu können. Anders verhält sich dies bei dem Kommissionär, denn dieser handelt im eigenen Namen und macht niemals den Kommittenten, sondern nur sich selbst, daher durch mehrfaches Kontrahiren nur sich ganz allein zum mehrfachen Schuldner.

Die mit der Verwendung von Kommissionären verknüpften Vortheile: Wahrung des Geheimnisses, Schnelligkeit und Sicherheit des Geschäftsabschlusses, Nutzbarmachung des Kredits und des Kapitals des Kommissionärs zu Gunsten des Kommittenten, erleichterte Rechtsverfolgung, Schutz vor Missbrauch der Vollmacht, machen das Kommissionsgeschäft dazu geeignet, die Bewegung des Handelsverkehrs ausserordentlich zu steigern, so dass es kaum als eine Uebertreibung erscheint, wenn man den Kommissionär den unentbehrlichen Vermittler, das Kommissionsgeschäft die Seele des modernen Handels genannt hat.[7])

B. Das Kommissionsgeschäft im Allgemeinen.

§ 313.

1. Begriff, rechtliche Natur und Gegenstand des Kommissionsvertrags.[1])

Unterscheidung von Propregeschäften.

Der Kommissionsvertrag besteht darin, dass der eine Kontrahent (der Kommittent), den Auftrag[2]) ertheilt, der andere (der Kommissionär) den Auftrag übernimmt für Rechnung des ersteren, aber im eigenen Namen (unter eigener Firma) Handelsgeschäfte abzuschliessen. Wer gewerbemässig solche Aufträge übernimmt und

---

[7]) Jaques Savary, Le parfait négociant, II. ed. (Paris 1679), II. Theil, III. Buch, I. Kap., p. 209: „Il n'y a rien qui maintienne tant le commerce que les Commissionaires ou Correspondants.“

[1]) Grünhut S. 40—61, 67—72, 99—103.

[2]) Dass die Aufträge keine Platzaufträge seien, dass Ortsverschiedenheit vorhanden sei in dem Sinne, dass die Ausführung im Auftrage eines an einem anderen Orte befindlichen Auftraggebers erfolgen müsse, wurde in der älteren Literatur häufig wohl mit Rücksicht auf die Bedeutung der distantia loci gegenüber dem kanonistischen Wucherverbote (Endemann, Krit. Viertelj. XXII S. 93) als Erforderniss aufgestellt, so von Breuls § 1, Poehls § 110, Bender I, § 91, S. 206, D. H. Musaeus, Grundsätze des H.R. (Hamburg 1785) § 58, Mittermaier, Deutsch. Priv.R., 2. Aufl., S. 787 (ohne Ortsverschiedenheit sei es blos Mandat S. 789), ebenso 3. Aufl. S. 852, 854; dagegen Faber S. 10, 11, Püttmann 166. Der Kommissionshandel hat allerdings seine Ausbildung in erster Linie durch den Verkehr zwischen Kaufleuten gefunden, welche an verschiedenen Orten wohnten und er hat als wesentliches Mittel zur Beförderung dieses Verkehres gedient. In der That wird man sich in den meisten Fällen eines Kommissionärs nur dann bedienen, wenn man das Geschäft an einem andern Orte abschliessen will, als wo man selbst wohnt; allein die Vortheile, welche aus der Verwendung von Kommissionären hervorgehen, sind so beschaffen, dass der Kaufmann geneigt sein kann, sich dieselben auch an seinem Wohnorte zu sichern. Die rechtliche Natur des Geschäftes wird durch den Mangel der distantia loci nicht verändert.

daher im eigenen Namen (unter eigener Firma) für fremde Rechnung Handelsgeschäfte abschliesst, ist Kommissionär. Art. 360 al. 1 des H.G.B.[3])

Der Kommissionsvertrag setzt voraus, dass der Beauftragte das ihm aufgetragene Handelsgeschäft in eigenem Namen (unter eigener Firma) abschliessen soll;[4]) der Kommissionär hat den Kommittenten nicht in rechtliche Beziehungen zur Aussenwelt zu bringen, er ist nicht Stellvertreter, er handelt zwar ökonomisch für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen (unter eigener Firma).

Die Rechtssätze über das Kommissionsgeschäft (Art. 360 u. s. w.) kommen nur dann zur Anwendung, wenn entweder ein Kommissionär von Beruf, also ein Kaufmann, der eben nur Kommissionär ist, oder wenn ein sonstiger Kaufmann, der nicht Kommissionär von Beruf ist, im Betriebe seines auf andere Handelsgeschäfte gerichteten Handelsgewerbes den Auftrag übernommen hat, für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen ein Handelsgeschäft abzuschliessen.

Darin, dass das Handelsgesetzbuch einen Gewerbebetrieb des Beauftragten voraussetzt, sei es als Kommissionär von Beruf, sei es als sonstiger Kaufmann, ist das Moment der Entgeltlichkeit stillschweigend enthalten (arg. Art. 290). Der Beauftragte wird sich durch die Aussicht auf eine Provision oder irgend ein sonstiges offen oder versteckt vorliegendes Entgelt zur Uebernahme des Auftrages bestimmt fühlen, die Entgeltlichkeit — nicht die Provision — ist ein essentiale,[5]) nicht blos ein naturale negotii. Die Uebernahme des Kommissionsauftrages ist für den Kommissionär ein relatives Handelsgeschäft (Art. 273 des H.G.B.), welchem daher die Gewinnabsicht insofern wesentlich ist, als diese nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen sein darf.

Ist Unentgeltlichkeit ausdrücklich bedungen, so liegt kein Kommissionsvertrag, sondern blos unter Umständen ein handelsrechtlicher, wenn auch unentgeltlicher Auftrag vor, dessen Ertheilung aber für den Kommittenten, wenn er als Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes gehandelt hat, nach Art. 273—274 des H.G.B. Handelsgeschäft sein kann. Unentgeltlichkeit ist jedoch ohne besondere darauf gerichtete Vereinbarung nicht anzunehmen, es gilt in dieser Beziehung die entgegengesetzte Regel, wie beim civilrechtlichen Mandate.

Die Handelsgeschäfte, welche in Kommission ausgeführt werden sollen, können sehr verschiedenartig sein und daher dem Gewerbebetriebe des Kommissionärs eine sehr mannigfache Gestaltung geben.[6]) Wie immer aber diese

---

[3]) Ebenso § 368 al. 1, ungar. H.G.B.

[4]) In der älteren Literatur ist dieses Erforderniss nicht aufgestellt; vgl. Püttmann l. c. p. 163; Breuls nennt den Kommissionshandel überhaupt mercatura procuratoria; für gewöhnlich, aber nicht für nothwendig erklärt es Faber p. 20; Brinkmann 391; für nothwendig Treitschke § 1. Ueber fremde Rechte s. Grünhut S. 42 Note 5.

[5]) Dagegen v. Hahn zu Art. 360 Note 6 u. 7; Dreyer in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts (Jahrg. 1881) S. 477.

[6]) Vgl. z. B. R.O.H.G. Bd. 15, N. 118, S. 424. Auch das Geben eines Kommissionsauftrages kann Objekt einer Kommission sein. Dernburg, Preuss. Priv.R. II § 185. v. Hahn Art. 360 § 12 R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 28 S. 119 ff.: XXII Nr. 19 S. 77 ff. (Exportkommissionär).

Geschäfte beschaffen sein mögen, die Natur des Kommissionsvertrages, als eines nicht nach aussen wirkenden Auftragsverhältnisses, bleibt stets dieselbe. Unter den den Kommissionären aufgetragenen Handelsgeschäften sind am wichtigsten der Einkauf und Verkauf,[7]) die Wechselziehung — der Auftrag ist darauf gerichtet, dass der Kommissionär für den Kommittenten Wechsel nehme oder gebe, trassire, acceptire, indossire u. s. w., also Wechselgeschäfte abschliesse und Wechselerklärungen ausstelle, es ist dies ein Theil des Banquiersgewerbes — die Transportbesorgung (Spedition) und der Abschluss von Versicherungsverträgen.

Der Kommissionsvertrag ist seinem innersten, juristischen Kerne nach eine **Art** der Vertragsgattung **Mandat.**[8]) Da aber der Kommissionär nicht, wie ein sonstiger Mandatar, im Namen und mit dem Kapital und Kredit des Kommittenten, sondern in eigenem Namen, mit eigenem Kapital und Kredit handelt, also auch dem abgeschlossenen Geschäfte gegenüber ein ganz anderes rechtliches Interesse hat, als ein sonstiger Mandatar, so ist es natürlich, dass der Kommissionsvertrag in mancher Beziehung einen gegenüber einem sonstigen Mandate erheblich modifizirten Karakter gewinnen musste. Trotz dieser Verschiedenheiten ist es aber nicht gerechtfertigt, im Kommissionsvertrage eine nur in sich selbst ruhende und juristisch selbständig zu beurtheilende Vertragsart des Handelsrechtes zu sehen, welche einer ganz besonderen juristischen Behandlung und besonderer Rechtsregeln bedürftig wäre. Auch das deutsche Handelsgesetzbuch hat den Kommissionsvertrag nicht als ein durchaus abgeschlossenes Ganzes zu regeln, von seiner natürlichen Basis, dem Gattungsinstitute **Mandat,** loszulösen,[9]) wohl aber in seinen Normen durch passende Berücksichtigung der Verkehrsbedürfnisse die Interessen des Handelsverkehrs und die Anforderungen der Praxis zu befriedigen gesucht und sich damit begnügt, was das innere Verhältniss des Kommittenten und Kommissionärs zu einander betrifft, einige der hauptsächlichsten Konsequenzen aus der Mandatsnatur des Kommissionsvertrages der grösseren Anschaulichkeit halber speziell hervorzuheben (Art. 361 des H.G.B. u. s. w.). Wenn daher, wie in allen anderen Gesetzgebungen, so auch nach dem Handelsgesetzbuch, der Grundkarakter des Mandates als des Gattungsinstituts den Kommissionsvertrag als die Art nach wie vor beherrscht, so versteht es sich

---

[7]) Die Geschäfte der Einkaufs- und Verkaufskommissionäre (der sog. kaufmännischen Kommissionäre im engern Sinne) wurden von jeher vorzugsweise als Kommissionsgeschäfte bezeichnet. Vgl. Treitschke § 1; Ellinger § 198; Gerber § 199; von Maurenbrecher § 404 Anm. 2; Sonnleithner, österr. H.R. § 306—313 wird der Begriff des Kommissionshandels sogar ausschliesslich auf Ein- und Verkaufsaufträge, (ebenso schweiz. Entw. v. 1876 Art. 373), von Riccius exercit. XI, Sect. 2 § 1 sogar nur auf den Verkaufsauftrag eingeschränkt. Für überseeische Verkaufskommissionen insbesondere ist der Ausdruck Consignation, jedoch nicht ausschliesslich, gebräuchlich. R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 28 S. 121.

[8]) Dagegen Endemann, Krit. Viertelj. l. c. S. 92, 94, der ihn für ein modernes Arbeitsgeschäft erklärt; ebenso Gareis H.R. S. 323. Die Streitfrage ist praktisch unwesentlich.

[9]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 73 S. 264, Bd. XVI Nr. 83 S. 335, Nr. 94 S. 379.

doch von selbst, dass die Unterwerfung des Kommissionsvertrags unter die Grundsätze des Mandates, als des umfassenden im bürgerlichen Rechte ausgebildeten Gattungsinstitutes nicht ohne weiteres, sondern überall nur mit der gehörigen Vorsicht vorzunehmen [10]) und nur insoweit überhaupt zulässig ist, als dabei die im Handelsgesetzbuch mit Rücksicht auf die Handelsinteressen in bewusster Weise durchgeführte und in den einzelnen Rechtssätzen des Handelsgesetzbuchs ausgeprägte Spaltung beider Institute, des Mandatsvertrages und des Kommissionsvertrages, nirgends ausser Acht gelassen wird.

Soll der Auftrag Kommission sein, so muss sich das aufgetragene Geschäft vom Standpunkt des **Kommittenten** aus als Handelsgeschäft darstellen, demgemäss so beschaffen sein, dass es, falls es vom Kommittenten selbst abgeschlossen worden wäre, für diesen als absolutes oder relatives Handelsgeschäft erscheinen würde. [11]) Dass das Handelsgesetzbuch lediglich auf die Person des Auftraggebers gesehen haben will, wenn es sich darum handelt zu beurtheilen, ob ein Handelsgeschäft aufgetragen sei oder nicht, ergibt sich aus dem dritten Absatz des Art. 360. Ist nämlich von dem Auftraggeber in den Fällen des Art. 360 Abs. I. ausdrücklich bestimmt, dass das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Kommission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäfte. Bei dieser Form des Abschlusses kann aber die kaufmännische Qualität des Kommissionärs ganz und gar nicht in Betracht kommen, denn das im Namen des Kommittenten abgeschlossene Geschäft erzeugt Rechte und Verbindlichkeiten nur für den Kommittenten und den dritten Kontrahenten, nicht aber für den als Stellvertreter handelnden Kommissionär; wenn der Gesetzgeber dessenungeachtet sagt, es liege in diesem Falle ein gewöhnlicher Auftrag zu einem **Handelsgeschäfte** vor, so geht er von der Annahme aus, dass das Geschäft, auch dann, wenn es nicht von einem kaufmännischen Kommissionär im eigenen Namen abgeschlossen werde, für den Kommittenten schon an und für sich ein Handelsgeschäft sei; denn dass der Gesetzgeber nicht den Fall im Auge haben konnte, dass das Geschäft **lediglich für den dritten Kontrahenten** ein Handelsgeschäft sei, geht schon daraus hervor, dass man ja im voraus überhaupt nicht wissen kann, ob das Geschäft für den dritten Kontrahenten ein Handelsgeschäft sein werde, oder nicht, dass aber dessen ungeachtet für alle Fälle des ersten Absatzes des Art. 360, in welchen der Auftraggeber ausdrücklich erklärt, dass das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden solle, in Abs. 3 Art. 360 ganz allgemein bestimmt ist, dass ein Auftrag zu einem **Handelsgeschäfte** vorliege.

Nicht genügend wäre es daher, wenn das aufgetragene Geschäft lediglich vom Standpunkte des Kommissionärs oder lediglich vom Standpunkte des dritten

---

[10]) Goldschmidt, H.B. § 37 S. 372.

[11]) Goldschmidt, H.B. § 54 S. 610 ff.; Dernburg § 185 Note 2; R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 62 S. 188; dagegen bes. v. Hahn zu Art. 360 § 10 u. Note 22, der es für genügend hält, wenn das aufgetragene Geschäft auf Seite des Kommissionärs Handelsgeschäft ist.

Kontrahenten, folgerichtig auch nicht, wenn es sogar sowohl vom Standpunkte des Kommissionärs, als auch von dem des dritten Kontrahenten, als Handelsgeschäft angesehen werden könnte. Weder die kaufmännische Qualität des mit dem Geschäfte Beauftragten noch die des dritten Kontrahenten, mit dem das Geschäft abgeschlossen wird, ist für sich allein im Stande, den an und für sich vorhandenen und von dem Auftraggeber gewollten juristischen Karakter des Auftrages und des aufgetragenen Geschäftes zu verändern und insbesondere zu bewirken, dass einem Auftrag, welcher vom Auftraggeber als civilrechtlicher Auftrag gewollt und ertheilt ist, einem Geschäfte, welches von ihm als Nichthandelsgeschäft gewollt und aufgetragen ist, hinterher der Stempel der handelsgeschäftlichen Natur aufgeprägt werde. Geht man von der Auffassung aus, dass es genügend sei, wenn das aufgetragene Geschäft lediglich vom Standpunkte des Kommissionärs sich als Handelsgeschäft qualifiziren lasse, so kommt man folgerichtig zu dem Schlusse, dass jeder Auftrag an einen Kommissionär, sobald er überhaupt auf ein Geschäft gerichtet ist, das seiner Natur nach möglicherweise zu einem Handelsgewerbe gehören kann, Kommission sei, denn da der Kommissionär Kaufmann ist, so erscheint jedes derartige Geschäft, das ihm aufgetragen wurde, für ihn als präsumtives Handelsgeschäft. Nimmt man aber an, dass es genügend sei, wenn das aufgetragene Geschäft lediglich vom Standpunkte des dritten Kontrahenten aus sich als Handelsgeschäft qualifiziren lasse, so kommt man zu dem Schlusse, dass auch dann, wenn ein Geschäft als Nichthandelsgeschäft vom Auftraggeber gewollt und aufgetragen ist, es zunächst ungewiss bleibe, ob ein Auftrag, ein Handelsgeschäft abzuschliessen, vorliege oder nicht, und dass es von dem Belieben des Beauftragten abhänge, durch die Art der Ausführung über die juristische Natur des Auftrages und des aufgetragenen Geschäftes zu entscheiden. Gibt daher z. B. der landwirthschaftliche Produzent einem Kommissionär den Auftrag, seine Ernte zu verkaufen, so liegt, da der Verkauf der Ernte für den Landwirth kein Handelsgeschäft ist, eine Kommission im Sinne des Handelsgesetzbuchs nicht vor; der Kommissionär hat daher in diesem Falle weder das Pfandrecht des Art. 374, noch darf er als Selbstkäufer nach Art. 376 eintreten.

Wer einem eigentlichen, d. h. berufsmässigen Kommissionär [12]) den Auftrag ertheilt, ein Handelsgeschäft für seine, des Auftraggebers, Rechnung abzuschliessen, ist berechtigt, von der Erwartung auszugehen, dass der Kommissionär in eigenem Namen abschliessen werde. Nach der Sitte des eigentlichen kaufmännischen Lebens ist in einem solchen Falle regelmässig anzunehmen, dass der Auftraggeber nicht selbst aktiv und passiv Subjekt der für seine Rechnung durch den Kommissionär anzuknüpfenden, rechtlichen Beziehungen werden wolle.

---

[12]) R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 81 S. 295: „Der Umstand, dass sich Jemand als Kommissionär bezeichnet, genügt für sich allein nicht, um ihn als einen berufsmässigen Kommissionär im Sinne des H.G.B. behandeln zu können. Der Ausdruck „Kommissionär“ wird in kleineren Verkehrsverhältnissen häufig auch für solche Personen gebraucht, welche blos Verträge zu vermitteln und für andere abzuschliessen pflegen.“ v. Hahn zu Art. 360 § 13.

Mannigfache Umstände können aber den Auftraggeber dazu bestimmen, offen zu operiren und zu wünschen, dass das aufgetragene Geschäft in seinem Namen abgeschlossen werde, so wenn die vorzunehmende Handelsoperation geeignet erscheint, durch ihre Wichtigkeit seiner Firma einen besonderen Glanz zu geben und ihren Kredit erheblich zu steigern, oder wenn er unter seinem eigenen Namen weit bessere Bedingungen, z. B. Nachlässe, Kreditgewährung u. s. w. zu erlangen hofft, als unter dem Namen des Kommissionärs.

Sollte der Auftraggeber ausnahmsweise den Willen haben, dass das von ihm aufgetragene Geschäft in seinem Namen abgeschlossen werde, so müsste er dies ausdrücklich oder zwar stillschweigend, aber zweifellos verlangen. In einem solchen Falle liegt kein Kommissionsvertrag, sondern ein handelsrechtliches Mandat vor,[13]) es kommen also nicht die Rechtsgrundsätze des Kommissionsgeschäftes, sondern die des handelsrechtlichen Mandates zur Anwendung, dem Kommissionär steht in solchem Falle insbesondere das Pfandrecht des Art. 374 des H.G.B. nicht zu.

Diese Bestimmung (Art. 360, Abs. 3), beruht darauf, dass die Ausführung eines einem berufsmässigen Kommissionär ertheilten Auftrages nach den gewöhnlichen Regeln des Geschäftsverkehrs nicht anders zu erfolgen pflegt, als dass der Beauftragte das aufgetragene Geschäft in eigenem Namen abschliesst.

Wird ein eigentlicher, berufsmässiger Kommissionär mit einem Geschäfte beauftragt, von dem er nach den Umständen des Falles annehmen durfte, dass es für den Auftraggeber ein Handelsgeschäft sei, so hat er im Zweifel das Recht und auch die Pflicht, sich in seiner Eigenschaft als Kommissionär beauftragt zu halten, also bei Ausführung des Auftrages im eigenen Namen zu handeln; auch ist bis zum Beweise des Gegentheiles anzunehmen, dass er in einem solchen Falle als Kommissionär, also in eigenem Namen gehandelt und die Rechtswirkungen des Geschäftes zunächst in seiner eigenen Person erzeugt habe. Beliebte es dem Kommissionär im Namen des Kommittenten abzuschliessen, ohne dass eine solche Art des Abschlusses von dem Kommittenten vorgeschrieben oder doch gestattet worden, so wäre der letzere in Folge der auftragswidrigen Stellvertretung berechtigt, das in seinem Namen abgeschlossene Geschäft zurückzuweisen, und den Ersatz des durch das auftragswidrige Handeln des Kommissionär (excessus mandati) eingetretenen Schadens zu fordern. Keineswegs kann der Kommissionär für berechtigt gehalten werden, sich beliebig durch die blosse Nennung des Kommittenten aus einem Beauftragten ohne Stellvertretungsbefugniss in einen Beauftragten mit Stellvertretungsbefugniss zu verwandeln. Obwohl er im Namen des Kommittenten abgeschlossen hat, bleibt er Kommissionär und ist

[13]) „Gewöhnlicher Auftrag" (Art. 360 Abs. 3) ist der Gegensatz der „kaufmännischen Kommission", denn der Kommissionär hat einen qualifizirten Auftrag, dessen karakteristisches Merkmal es ist, dass der Beauftragte im eigenen Namen zu handeln hat. Fehlt es an diesem Criterium, so bleibt ein gewöhnliches, und da es sich um einen Auftrag zu einem Handelsgeschäfte für den Auftraggeber handelt, ein handelsrechtliches Mandat zurück. Laband in Zeitschr. f. H.R. X Bd. S. 212 ff., R.O.H.G. Bd. II Nr. 89 S. 402.

als solcher rechtlich zu beurtheilen. Da er aber im Namen des Kommittenten gehandelt hat, ohne von diesem dazu ermächtigt zu sein, so steht er demjenigen gleich, der sich als Bevollmächtigter gerirt, ohne Vollmacht zu haben (Art. 298 Abs. 2, Art. 55 des H.G.B.)[14]) Nur dann, wenn der Kommissionär in Uebereinstimmung mit dem ihm ausdrücklich oder zwar stillschweigend, aber zweifellos ertheilten Auftrag im Namen des Auftraggebers handelt, verpflichtet und berechtigt er dem dritten Kontrahenten gegenüber den Auftraggeber und nicht sich selbst (Art. 360 Abs. 3). Das Wort „ausdrücklich" in Art. 360 Abs. 3 des H.G.B.[15]) ist nicht wörtlich zunehmen; das Gesetz will blos, dass im Zweifel ein Kommissionsvertrag anzunehmen sei, dass also das aufgetragene Geschäft von dem Kommissionär in eigenem Namen abgeschlossen werden müsse und dass nur ganz ausnahmsweise, weil gegen die Gewohnheit des Handelsverkehrs verstossend, daher nur wenn es in unzweifelhafter Weise von dem Kommittenten bestimmt ist, der Abschluss im Namen des Kommittenten erfolgen dürfe. Nimmt man das Wort „ausdrücklich" wörtlich, so wäre ein Auftraggeber, der stillschweigend bestimmt hat, dass der Kommissionär das Geschäft in seinem (des Mandanten) Namen abschliesse, auch dann, wenn der Kommissionär der stillschweigend getroffenen Bestimmung des Mandanten entsprechend als Stellvertreter gehandelt hätte, dem dritten Kontrahenten gegenüber direkt nicht verpflichtet, mag dieser auch in bona fide sein, denn die von dem Mandanten nicht ausdrücklich ertheilte Gestattung, in seinem Namen abzuschliessen, käme dem dritten Kontrahenten gegenüber nicht in Betracht, sie würde nur in dem inneren Verhältniss zwischen Kommittenten und Kommissionär wirken, so dass sich der letztere gegenüber dem ersteren durch den Abschluss in dessen Namen nicht verantwortlich machen würde, nach aussen aber wäre und bliebe trotz dieser (stillschweigenden Gestattung der Auftrag Kommission und müsste durch Abschluss in eigenem Namen ausgeführt werden, eine solche Auslegung würde in das Gesetz einen unerträglichen, das Prinzip von Treu und Glauben verletzenden Formalismus hineintragen.[16])

Die Ungenauigkeit des kaufmännischen Sprachgebrauchs, gemäss welchem jede Bestellung als Auftrag bezeichnet zu werden pflegt, lässt es im Verkehrsleben oft nicht präzise hervortreten, ob ein wirklicher Kommissionsvertrag, oder ein anderer nur in das Gewand der Kommission eingekleideter Vertrag vorhanden sei; es entstehen häufig Zweifel und Streitigkeiten und wird oft zu einer schwierigen Interpretationsfrage, was für ein Geschäft von den Parteien eigentlich beabsichtigt worden sei.[17]) Nicht selten wird in die Form

---

[14]) Der Kommittent hatte möglicherweise ein grosses Interesse daran, dass der Kommissionär das Geschäft in seinem eigenen Namen und nicht in dem des Kommittenten abschliesse; er wollte vielleicht gegen keinen andern, als gegen den Kommissionär obligatorische Verpflichtungen aus einem solchen Geschäfte haben, weil er den Kommissionär schon mit Deckung versehen hatte u. s. w.

[15]) Ebenso § 368 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[16]) Zustimmend Dreyer in Beitr. f. d. R. III Folge. 5. Jahrg. S. 478; vgl. v. Hahn zu Art. 360 § 19.

[17]) Vgl. Gelpcke in s. Zeitschr. f. H.R. II. Hft. S. 92; Hiersemenzel § 4 S. 15, 21, 37, 38; Gad S. 263; Stern in Siebenhaars Arch. VII S. 30; Friedrich

eines Auftrages der Antrag zum Abschluss eines eigentlichen Propregeschäftes gehüllt; es geschieht dies in der Regel desshalb, weil der Antragsteller, der anscheinende Kommittent, wohl weiss, dass der Adressat, dem er eigentlich offerirt, als Käufer oder Verkäufer für eigene Rechnung in das angebotene Geschäft einzutreten, doch nicht eher geneigt sein werde, das Geschäft abzuschliessen, als bis er selbst einen dritten Kontrahenten gefunden haben werde, der wieder von ihm kaufen oder an ihn verkaufen wolle. Besonders schwierig ist die Unterscheidung,[18]) wenn die Kontrahenten selbst an der rechtlichen Qualifikation des abgeschlossenen Geschäftes zunächst gar kein Interesse haben und sich dieselbe daher auch nicht zum Bewusstsein bringen. Dies pflegt regelmässig dann zu geschehen, wenn es beiden Theilen nur auf den Umsatz ankommt, in welchem Falle der eine Kontrahent den Namen des Dritten, mit dem kontrahirt worden, nicht erfährt, und um den er sich zunächst auch gar nicht kümmert. In Folge der Verwirrung, welche der kurze und desshalb oft unklare Sprachgebrauch der Kaufleute, ihre Sitte mit den Ausdrücken öfter lax als genau zu verfahren, im Verkehrsleben veranlasst, ist weder der Gebrauch des Ausdruckes „Kommission“ noch die Ausbedingung einer „Provision“ an und für sich geeignet, ein sicheres Kriterium für die Annahme eines Kommissonsvertrages und gegen die Annahme eines Propregeschäftes abzugeben.[19])

Es ist Sache der richterlichen Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles zu eruiren, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt der abgeschlossene Vertrag zu stellen und ob die Rechtsgrundsätze über das Kommissionsgeschäft zur Anwendung zu bringen seien oder nicht.

§ 314.

2. Abschluss des Kommissionsvertrags; Perfektions- und Erfüllungsort; Pflicht zur Aufbewahrung und Sorge bei Kommissionsofferten.[1])

Die dem berufsmässigen Kommissionär oder sonstigen Kaufmanne ertheilte Kommission enthält jedenfalls die Offerte zum Abschluss eines relativen Handelsgeschäftes auf Seiten des Kommissionärs, resp. sonstigen Kaufmannes (Art. 273 al. 1 des H.G.B.); es haben daher die allgemeinen Grundsätze über Offerten zu Handelsgeschäften zur Anwendung zu kommen[2]) und zwar in der Regel die über Offerten unter Abwesenden (Art. 319—322 des H.G.B.), da ja der

Meier in Busch' Arch. 30 Bd. S. 51 ff.; s. auch v. Canstein in der Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht der Gegenwart, III S. 679. Der durch Agenten grösserer Handelsfirmen an den Seeplätzen (Hâvre, Antwerpen etc.) nach dem Binnenlande vermittelte Import soll sich vorzugsweise in Kaufverträgen, welche in die Form von Einkaufskommissionen eingekleidet sind, bewegen.

[18]) Beispiele R.O.H.G. VI Nr. 38 S. 182, VII Nr. 45 S. 179, XII Nr. 40 S. 121, XVIII Nr. 52 S. 195, XIX Nr. 21 S. 66.

[19]) v. Hahn, Komm. zu Art. 360 § 9. R.O.H.G. III Nr. 7 S. 44, XVIII Nr. 52 S. 195, XIX Nr. 16 S. 72, XX Nr. 79 S. 310.

[1]) Grünhut S. 73—99.

[2]) v. Hahn zu Art. 360 § 7.

Kommissionsvertrag, zu dessen Hauptzwecken es gehört, Handelsunternehmungen in der Ferne zu erleichtern und dem Kommittenten ein Mittel zu geben, auch an solchen Orten zu operiren, an welchen er persönlich nicht anwesend ist, wenn auch nicht nothwendig, doch in den meisten Fällen nur unter Abwesenden geschlossen wird. — Aus der Natur des Auftrages ergibt sich aber, dass der Kommittent durch seine Offerte an die Wartezeit (Erklärungszeit) des Art. 319 des H.G.B. nicht gebunden sein kann, denn der Mandant ist berechtigt, rebus integris sogar den **angenommenen** Auftrag beliebig zu widerrufen (Art. 377 des H.G.B.) umsomehr den bei dem Adressaten blos angekommenen, aber noch nicht angenommenen **Antrag** zu einem Auftrag.

Doch ist dabei zu beachten, dass „der Antragende, welcher seinen Antrag unter Umständen zurücknimmt, unter welchen ohne die Zurücknahme ein Vertrag zwischen ihm und Demjenigen, welchem er anbot, begründet gewesen wäre, diesem allen Schaden ersetzen muss, den dieser in Folge der Voraussetzung litt, dass jener bei seinem Antrage geblieben sei. Denn zu dieser Voraussetzung hat er nach Treu und Glauben ein Recht.“ [3]) —

Der Antrag des Kommittenten besteht, wenn dieser nicht ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Zeit festgesetzt hat, wie ein sonstiger Antrag zu einem Handelsgeschäfte mit verpflichtender Wirkung nur während der Wartezeit (Erklärungszeit); [4]) der Kommittent bleibt nicht über diese Zeit hinaus gebunden, insbesondere nicht etwa so lange, als er seinen Auftrag nicht widerrufen hat. Wenn also A dem Kommissionär B den Auftrag ertheilt, für ihn eine bestimmte Waare einzukaufen, und B sich erst nach Ablauf einer längeren als der gesetzlichen Wartezeit entschliesst, diese Auftragsofferte anzunehmen, dann die Waare einkauft und dem A übersendet, so braucht sie dieser nicht anzunehmen. [5]) Hat der Kommissionär, resp. der sonstige Kaufmann sofort mit der Ausführung des Auftrages begonnen, so ist der Kommittent, abgesehen von dem Falle, dass er dies ausdrücklich oder stillschweigend gestattet und auf eine Antwort in Worten unzweifelhaft Verzicht geleistet hat, nicht gebunden, wenn der Kommissionär, resp. der sonstige Kaufmann die Anzeige, dass er die Auf-

---

[3]) Thöl H.R. § 237; Jhering in s. Jahrb. IV S. 24, 86 ff.; Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen S. 32 ff.; Sohm in Zeitschr. f. H.R. 17. Bd. S. 34, 35; Windscheid, Pand. § 307 Note 5; Arndts, Pand. § 231 Anm. 2 e.

[4]) Anders Siegel l. c. S. 39 ff., 55 ff.; dagegen Unger in Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht d. Gegenw. I S. 365.

[5]) Nach der entgegengesetzten Ansicht müsste er die Waare annehmen, obgleich er sie vielleicht nicht mehr erwartet und auch nicht mehr brauchen kann. Es wiederspricht der Natur der Handelsgeschäfte so lange in suspenso zu bleiben; das Schweigen des Kommissionärs über die Wartezeit hinaus muss als Ablehnung gelten, wenn nicht die Offerte nach den Umständen den Karakter einer längeren Dauer schon in sich trägt. Nach der entgegengesetzten Ansicht könnte sich A, wenn nicht etwa die Sachlage so beschaffen ist, dass B aus den Umständen wissen musste, dass die Waare von A nur zu einem gewissen, zur Zeit der Uebersendung nicht mehr erreichbaren Zwecke verwendet werden könne, nur dadurch schützen, dass er eine Zeitfrist für die Annahme des Antrages fixirt oder denselben widerruft.

tragsofferte angenommen, überhaupt nicht oder doch nicht rechtzeitig abgesendet, wenn daher seine Annahmeerklärung bei dem Kommittenten überhaupt nicht oder verspätet eingetroffen ist. Wie bei sonstigen Aufträgen das blosse Schweigen des Adressaten innerhalb der Wartezeit als Ablehnung gilt, so ist auch hier das blosse Schweigen des berufsmässigen Kommissionärs oder sonstigen Kaufmanns, abgesehen von den Voraussetzungen des Art. 323, nicht als Annahme des Antrages anzusehen; ebensowenig gilt der Antrag dann als angenommen, wenn die von dem Adressaten erklärte Annahme bei dem Kommittenten verspätet eingetroffen ist. Allerdings darf man im Zweifel von der Voraussetzung ausgehen, dass der Kommittent, der den Kommissionär beauftragt, für seine Rechnung irgend ein bestimmtes Handelsgeschäft abzuschliessen, diesen Abschluss auch ernstlich wolle, dass also der Kommissionär in der Regel sicher sein dürfe, dem Willen des Kommittenten zu entsprechen, nicht nur, wenn er überhaupt handle, sondern wenn er **sofort** handle, umsomehr dann, wenn jeder, auch der geringste Verzug den Erfolg der aufgetragenen Handelsoperation zu gefährden geeignet wäre. Auch ist es zweifellos, dass der Kommissionär, resp. der sonstige Kaufmann, **der den Kommissionsauftrag einmal übernommen hat**, sich verantwortlich macht, wenn er nicht handelt, sobald er zu handeln vermag. Allein dessenungeachtet ist er im Zweifel nicht als berechtigt anzusehen, ohne Ertheilung einer Antwort mit der Ausführung des Auftrages ohne Weiteres zu beginnen; er handelt auf seine Gefahr, wenn er nicht zuvor bejahend antwortet und abwartet, bis er die Ueberzeugung gewonnen hat, dass seine Annahme des Antrags rechtzeitig bei dem offerirenden Kommittenten angekommen, oder dass, wenn sie erst nach Ablauf der Wartezeit, also verspätet eingetroffen, der Kommittent doch nicht zurückgetreten sei. So wenig das Gesetz zwischen Offerten zu einem Kommissionsvertrage und einem anderen Handelsgeschäfte unterscheidet, so wenig stellt es Offerten, bei welchen der Offerent eine Annahme in Worten erwarten darf, und andere Offerten als zwei gesonderte Kategorien hin. Es ist vielmehr allgemeine Regel, dass der Offerent eine bejahende Antwort in Worten erwarten darf, dass die Ertheilung einer solchen Antwort in Worten zur Perfektion des Vertrages ausnahmsweise nur dann nicht nothwendig ist, wenn der Offerent darauf in zweifelloser Weise Verzicht geleistet hat.[6]) Dadurch wird freilich der Vortheil des Kommissionshandels, insofern durch denselben der Kommittent in die Lage gesetzt werden soll, an entfernten Orten mit ebenso grosser Schnelligkeit zu operiren, als wenn er persönlich anwesend wäre, ziemlich beeinträchtigt, wenn auch nicht ganz illusorisch gemacht. Während der Korrespondenz zwischen dem offerirenden Kommittenten und dem Adressaten verfliesst oft kostbare Zeit; es kann leicht geschehen, dass die Kommission selbst unterdessen gegenstandslos, das aufgetragene Geschäft unausführbar geworden. Auch ist der Kommittent infolge dessen nicht im Stande, seine Aufträge im günstigsten, d. h. in dem der Ausführung selbst zunächst gelegenen Zeitpunkte zu ertheilen; denn er muss dieselben vorsichtiger

---

[6]) R.O.H.G. XIV Nr. 97 S. 301, XVIII Nr. 70 S. 246.

Weise so lange im voraus geben, dass der beauftragte Kommissionär resp. Kaufmann, der auf seine Gefahr zu handeln keine Lust hat, noch in der Lage sei, sich vor der Ausführung des Auftrages die Ueberzeugung zu verschaffen, dass der Kommissionsvertrag auch wirklich perfekt geworden sei. Trotz dieser mit dem Interesse des Handelsverkehres schwer verträglichen und die Verwendung von Kommissionären hemmenden Konsequenzen muss nach dem Handelsgesetzbuch anerkannt werden, dass, wenn der Kommittent nicht ein anderes ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hat, der berufsmässige Kommissionär resp. der sonstige Kaufmann ebenso, wie jeder andere Adressat rücksichtlich einer zu einem Handelsgeschäfte gemachten Offerte, die Annahme der offerirten Kommission dem Kommittenten gegenüber ausdrücklich (in Worten) zu erklären habe, dass er auf seine Gefahr handle, wenn er den Auftrag durch blosses Stillschweigen annehme und sofort mit der Ausführung beginne.[7])

Weder der berufsmässige Kommissionär, noch weniger ein sonstiger Kaufmann ist verpflichtet, einen ihm gemachten Antrag zu einem Kommissionsvertrag anzunehmen, vielmehr kann der eine wie der andere die angetragene Kommission nach freier Wahl annehmen oder zurückweisen, selbst im Falle der Dringlichkeit und auch dann, wenn die Zurückweisung des Auftrages dem Kommittenten Schaden bringen würde.

Nur die Annahme des Auftrages verpflichtet den berufsmässigen Kommissionär resp. sonstigen Kaufmann zur Ausführung desselben; als Annahme ist aber kraft Rechtsnothwendigkeit auch das blosse Schweigen des Kommissionärs resp. sonstigen Kaufmanns auf einen ihnen gestellten Antrag zu einem Kommissionsvertrag unter den Voraussetzungen des Art. 323 des H.G.B. anzusehen. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind vorhanden, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Kommissionär resp. dem sonstigen Kaufmann eine Geschäftsverbindung besteht, oder der Letztere sich gegen den Ersteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat (Art. 323 des H.G.B.). In diesen Fällen muss nicht die Annahme des Auftrags, sondern die Zurückweisung desselben von

---

[7]) Weiter geht Thöl § 239; er fügt hinzu: Die entgegengesetzte Theorie „schädigt den Offerenten, dem eben nicht prompt geantwortet wird, aufs äusserste und gibt ihn der Spekulation des schweigenden und nur handelnden Oblaten preis, der dann später Ja oder Nein sagen kann, wie es ihm hinterher konvenirt. Der scheinbar so dienstfertige Mandatar z. B. kann hinterher sagen: er habe für eigene Rechnung gekauft, es sei ihm nicht eingefallen, bei der vorauszusehenden Konjunktur für fremde Rechnung zu kaufen; gegen diese Behauptung gibt es oft keinen Beweis. Wenn er aber bei schlechter Konjunktur den Abschluss des Mandats-Vertrages behauptet, so muss nach jener Ansicht der Mandant das gelten lassen und kann sich nicht darauf berufen, dass er, weil ohne Antwort gelassen, einem Anderen den Auftrag ertheilt habe". S. auch Stobbe, Deutsches Priv.R. III § 171 S. 105. Anderer Ansicht v. Hahn, Komm. zu Art. 360 § 7; Sohm l. c. Bd. 17, S. 105—107; Anschütz, Komm. III S. 223 VII; Keyssner, Komm. S. 319. Die von Thöl gegen die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten praktischen Bedenken verlieren übrigens an Gewicht, wenn man sich die Bestimmungen des Art. 323 H.G.B. und den Umstand vor Augen hält, dass der Kommissionär jedenfalls zur Anzeige nach Art. 361 H.G.B. verpflichtet ist.

Seite des Kommissionärs resp. sonstigen Kaufmanns ohne Zögern bekannt gegeben werden, widrigenfalls die Nichtzurückweisung als Annahme gilt.

Aber auch abgesehen von den Voraussetzungen des Art. 323 wird es unter Umständen, insbesondere wenn es sich um einen in den berufsmässigen Gewerbebetrieb dieses Kommissionärs einschlägigen Auftrag handelt, und der Kommittent sofortige Ausführung verlangt oder gestattet, daher auf eine Antwort in Worten verzichtet hat, als Annahme auszulegen sein, wenn der **berufsmässige Kommissionär** es unterlassen hat, von der Weigerung einen solchen Kommissionsauftrag zu übernehmen ohne Zögern Nachricht zu geben. Würde man dem Kommissionär gestatten, durch blosses Schweigen auf einen solchen Auftrag seine Verweigerung der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes auszudrücken, so wäre der Kommittent der Gefahr ausgesetzt, erst nach längerer Zeit, ohne nach der Regel des Geschäftsverkehrs noch darauf gefasst sein zu müssen, zu erfahren, dass sein Auftrag nicht übernommen worden sei und dadurch oft vielleicht nicht mehr in der Lage, den einen Kommissionär, der die Uebernahme des Auftrages abgelehnt hat, durch einen andern, der zur Uebernahme bereit wäre, zu ersetzen, so dass die beabsichtigte Handelsoperation vielleicht überhaupt unterbleiben müsste.

Die Unterlassung der Antwort von Seite des berufsmässigen Kommissionärs würde als Verletzung der im Handelsverkehre zumal nothwendigen Beobachtung von Treu und Glauben erscheinen, und zwar nicht blos wenn dem Schweigen des Kommissionärs offenbar die Absicht einer arglistigen Täuschung oder die Absicht unterläge, den andern Theil zu einer ihm möglicherweise nachtheiligen, dem Schweigenden aber vortheilhaften Unthätigkeit zu verleiten,[8]) sondern auch ausserdem, wenn eine rasche Antwort geeignet gewesen wäre, den aus der Ablehnung für den Kommittenten möglicher Weise hervorgehenden Schaden zu vermindern, ja demselben zuweilen ganz zuvorzukommen. Während demnach unter den Voraussetzungen des Art. 323 des H.G.B. jeder Kaufmann, so ist auch, abgesehen von diesen Voraussetzungen, unter Umständen wenigstens der berufsmässige Kommissionär zu einer raschen Antwort gedrängt, wenn er einen ihm gestellten Antrag zn einem Kommissionsvertrag ablehnen will.

Selbst im Falle sofortiger Zurückweisung des Auftrages hat unter den Voraussetzungen des Art. 323 jeder Kommissionär resp. sonstige Kaufmann die Pflicht, die etwa eingesendeten (konsignirten) Objekte einstweilen, d. h. innerhalb einer mit Rücksicht auf die konkreten Umstände zu bemessenden Frist auf Kosten des Auftraggebers vor jedem Schaden zu bewahren und alle jene Maassregeln zu ergreifen, welche zu diesem Zwecke im einzelnen Falle je nach den Umständen und dem Handelsgebrauche sich als nothwendig herausstellen, er hat z. B. die eingesendete Tratte zur Zahlung zu präsentiren und Mangels Zahlung Protest erheben zu lassen, rücksichtlich der übersendeten Waaren eventuell den Frachtlohn zu bezahlen, um einem Schaden bringenden Verkaufe durch den Frachtführer nach Art. 407 des H.G.B. vorzubeugen u. s. w.; er hat

---

[8]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 34 S. 96; vgl. l. 22 § 11 D. 17, 1.

nur die Pflicht, diese Vorsichtsmaassregeln insoweit zu ergreifen, als es ohne seinen eigenen Nachtheil geschehen kann, und nur insoweit, als er für diese Kosten gedeckt ist.

Der Kommissionär resp. Kaufmann braucht daher nie mit mehr in Vorschuss zu gehen, als wofür er gedeckt ist, als er namentlich durch den Werth der Waare ersetzt zu erhalten sicher sein kann. Diese Pflicht zur Sorge für die übersendeten Gegenstände besteht für den berufsmässigen Kommissionär unter Umständen unabhängig von den Voraussetzungen des Art. 323, sie geht mit der Pflicht zur Antwort ganz parallel und beruht auf denselben Gründen; denn der Kommittent, der sich an einen berufsmässigen Kommissionär mit einem in den Gewerbebetrieb desselben einschlägigen Auftrag wendet, darf wohl erwarten, dass dieser seinen Auftrag nicht zurückweisen werde; wenn er ihm nun darauf vertrauend die Waare oder einen andern Gegenstand, z. B. Wechsel oder dergl. eingesendet hat, so würde es den im Geschäftsleben zu nehmenden Rücksichten und der bona fides widersprechen, wenn der Kommissionär die Waare der Verschlechterung oder dem Untergange, den Wechsel der Präjudizirung u. s. w. aussetzte. Uebrigens liegt die Anerkennung dieser Pflicht zur Sorgfalt für die übersendeten Gegenstände im Interesse des Kommissionärs selbst, denn gar mancher Kommittent würde es überhaupt nicht wagen, mit einem Kommissionär in Beziehung zu treten, wenn er befürchten müsste, dass seine Waare u. s. w. im Falle der Ablehnung der Kommission von Seite des Kommissionärs preisgegeben sein werde. Es ist daher nur gerechtfertigt, wenn jedem Kaufmanne unter den Voraussetzungen des Art. 323, dem berufsmässigen Kommissionär aber auch sonst unter Umständen, die Pflicht auferlegt erscheint, über die Erhaltung der übersendeten Waaren und anderen Gegenstände zu wachen und sie interimistisch zu schützen, bis der Kommittent selbst dafür zu sorgen in der Lage ist. Unterlässt es der, obwohl gehörig benachrichtigte Kommittent, jene Dispositionen zu treffen, welche durch die ihm bekannt gegebene Zurückweisung des Auftrages nothwendig gemacht worden sind, so kann der Kommissionär von dem Rechte des Art. 366 al. II des H.G.B. Gebrauch machen. Hat der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann die übersendeten Waaren und anderen Gegenstände auf sein Lager genommen, so hat er das Recht auf Abnahme resp. Zurücknahme von Seiten des Kommittenten Klage zu führen; er ist keineswegs darauf beschränkt, lediglich die anderen Mittel, welche ihm durch das Gesetz zur Sicherung vor den durch den Verzug des Kommittenten in Abnahme oder Zurücknahme drohenden Nachtheilen gewährt sind (nämlich Disposition oder Verkauf) geltend zu machen. Der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann darf die Uebernahme der Verpflichtung zur Abnahme von Seiten des Kommittenten als eine ihm stillschweigend offerirte Gegenleistung für den Fall betrachten, dass er trotz der Ablehnung des Auftrages die Waare hinnahm und sich selbst, zunächst nur im Interesse des Absenders, der Sorge um die einstweilige Aufbewahrung unterzog. Daneben hat er auch die Befugniss zur Deposition und zum Verkauf der übersendeten Waaren, aber die in Art. 323 Abs. 2 statuirte Pflicht zur einstweiligen Sorge setzt voraus, dass der Kommittent ver-

pflichtet sei, den Kommissionär von dieser Sorge demnächst zu befreien, also die Waare wieder abzunehmen.[9])

Der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann handelt in allen diesen provisorischen Verfügungen als Kommissionär und kann als solcher seine Rechte ausüben, insbesondere auch wegen der Aufopferungen, die er aus eigenen Mitteln zur Erhaltung und Sicherung der Waare gemacht hat. Seine Berechtigung als Kommissionär ist nicht durch das Zustandekommen der Kommission bedingt, sondern nur dadurch, dass zwischen ihm und dem Kommittenten aus einer Kommissionsvertragsofferte überhaupt ein Rechtsverhältniss zur Existenz gelangt ist; ein solches liegt auch dann vor, wenn der Kommissionär den Auftrag nicht acceptirt und dessenungeachtet sich des Gutes, welches ihm vom Kommittenten in Erwartung der Annahme und zur Ausführung des Auftrages gleichzeitig mit diesem übersendet worden ist, anzunehmen verpflichtet war. Der Kommissionär resp. Kaufmann ist insoweit, als es zur Ausführung der ihm auferlegten Verpflichtungen nothwendig ist, zwar verpflichtet, die Waaren entgegenzunehmen, nicht aber die Waaren in sein Lager aufzunehmen, die Waare bei sich in Depot zu behalten und dafür die Verantwortung zu tragen; er kann auch, bevor noch der Eigenthümer der Waaren anderweitige Vorkehrungen treffen kann, bei dem Handelsgerichte die Niederlegung der betreffenden Objekte in einem öffentlichen Lagerhause, oder bei einem Dritten beantragen.

Wenn der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann die Initiative zur Eingehung eines Kommissionsvertrages ergreift und dem gewollten Kommittenten seine Dienste in Beziehung auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft anbietet, so finden die Bestimmungen des Art. 323 des H.G.B. keine Anwendung,[10]) denn dieser Artikel bezieht sich nur auf jenen Fall, in welchem die Vertragsproposition von Seiten des **Auftraggebers** ausgegangen ist, nicht auf den gerade umgekehrten Fall, in welchem derjenige, der beauftragt sein will, das Anerbieten gemacht hat; das blosse Schweigen des gewollten Kommittenten auf die Offerte des Kommissionärs gilt daher, auch im Falle bestehender Geschäftsverbindung mit dem Kommissionär an und für sich nicht als Annahme, ausgenommen, wenn besondere Umstände eine stillschweigende Annahmeerklärung involviren, wenn namentlich sonst in dem Schweigen ein Verstoss gegen Treue und Glauben der Geschäftsverbindung gelegen wäre. Es verhält sich hier demnach umgekehrt, wie bei dem Schweigen des Kommissionärs auf die Offerte des Kommittenten. Diese verschiedene Behandlung ist auch durch die Natur der Sache gerechtfertigt; denn wenn der Kommittent dem Kommissionär einen Auftrag ertheilt, so darf man nach der Regel des Geschäftsverkehres von der Annahme ausgehen, dass der erstere einen festen Entschluss gefasst habe, das aufgetragene Handelsgeschäft für seine Rechnung auch wirklich eingehen zu lassen, umsomehr, als der Nichtabschluss desselben sogar in den meisten Fällen wahrscheinlich geeignet sein dürfte, die von ihm bereits getroffenen Dispositionen zu stören

---

[9]) R.O.H.G. VII 356.

[10]) Anders nach ungar. H.G.B. § 320, wenn der Kommittent ein Kaufmann ist.

und ihm Schaden zu verursachen. Es ist daher ein Gebot von Treu und Glauben, dass sich der Kommissionär rasch erkläre, wenn er den Auftrag nicht annehmen will, dass sonst sein Schweigen als Annahme gelte. Dagegen darf der Kommissionär auf die Annahme seiner Offerte von Seiten des gewollten Kommittenten nicht eher mit Sicherheit rechnen, als bis er von der ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Zustimmung desselben Kenntniss erhalten hat, er handelt daher auf seine Gefahr, wenn er schon früher mit der Ausführung der von ihm ausgegangenen Kommissionsofferte begonnen hat. Der Kommissionär verräth durch seine Offerte zunächst nichts anderes als seinen Wunsch, durch den Geschäftsabschluss für Rechnung des Kommittenten eine Provision zu verdienen; es ist durch Treu und Glauben nicht geboten, dass sich der Kommittent sofort erkläre, wenn er den Antrag ablehnen will; denn das Schweigen des Kommittenten wird in der Regel nur bewirken, dass der Kommissionär die Provision nicht verdient, selten dass er etwas aus seinem Vermögen verliert.

Als Ort des Abschlusses des Kommissionsvertrages gilt der Ort der **Absendung** (Art. 321 des H.G.B.), nicht der Ort des Eintreffens der Annahmeerklärung resp. wenn das blosse Stillschweigen als Annahme gilt, der Ort, von dem anzunehmen ist, dass der Kommissionär daselbst durch sein blosses Stillschweigen acceptirt habe. Dieser Ort ist in der Regel auch der Erfüllungsort (Art. 324 al. 2 des H.G.B.). Regelmässig ist demnach der Ort, in welchem der Kommissionär seine Handelsniederlassung hat, als der Perfektions- und Erfüllungsort des Kommissionsvertrages anzusehen, so dass im Zweifel anzunehmen ist, dass das Recht resp. die Handelsgebräuche dieses Ortes bei der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse aus demselben nach der Absicht des Kontrahenten entscheidend sein sollen (Art. 370 des H.G.B.) es wäre denn, dass die Parteien etwas Anderes, sei es auch nur stillschweigend, vereinbart haben.[11])

Was die vom Kommissionär infolge des Auftrages für Rechnung des Kommittenten mit dritten Personen abgeschlossenen Handelsgeschäfte betrifft, so haben diese Geschäfte ihren eigenen, selbständig zu ermittelnden Perfektions- und Erfüllungsort, der möglicherweise von dem Perfektions- und Erfüllungsort des Kommissionsvertrages, von dem Sitze des Kommissionärs überhaupt verschieden ist; im Verhältniss zu dem Kommittenten kommt es allerdings darauf an, ob der Kommissionär dem Auftrage entsprochen hat, wenn er an dem für das abgeschlossene Geschäft maassgebenden Orte kontrahirt hat, denn nur unter dieser Voraussetzung darf man billigerweise annehmen, dass sich der Kommittent dem Rechte resp. den Handelsgebräuchen des Ortes des Geschäftes (Art. 369 des H.G.B.) unterwerfen wollte.

---

[11]) R.O.H.G. VII Nr. 1 S. 1; Sohm in Zeitschr. f. H.R. XVII S. 106; Hoffmann in Gruchots Beiträgen XI S. 74; v. Hahn zu Art. 360 § 14.

3. Wirkungen des Kommissionsvertrages.

a. Verhältniss des Kommissionärs zum Kommittenten.

aa. Pflichten des Kommissionärs.

§ 315.

α. Die Pflicht zur Ausführung des Auftrags; die vertrags- und auftragswidrige Ausführung.[1])

Der Kommissionär hat den bestimmten Auftrag erhalten und angenommen, für Rechnung des Kommittenten ein Handelsgeschäft abzuschliessen, er ist verpflichtet, diesen Auftrag gehörig auszuführen, daher alles dasjenige zu thun oder zu unterlassen, was er, wenn er für eigene Rechnung gehandelt, durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet, gethan oder unterlassen hätte. Der Kommissionär ist verpflichtet Rechenschaft zu geben und dem Kommittenten dasjenige zu leisten, was dieser aus dem Geschäft zu fordern hat. Die Pflichten des Kommissionärs spalten sich daher nach drei Hauptrichtungen:

a) In die Pflicht zur gehörigen Ausführung des Auftrages, resp. zur Vergütung des Schadens, welcher dem Kommittenten durch die Nichtausführung oder die nicht gehörige Ausführung zugefügt worden ist;

b) in die Pflicht zur Rechenschaftsablegung über das für Rechnung des Kommittenten ausgeführte Geschäft.

c) In die Pflicht zur Herausgabe dessen, was er auf Grund des Auftrages für Rechnung des Kommittenten empfangen hat.

Für die Erfüllung dieser Pflichten haften mehrere Kommissionäre, welche der Kommittent mit der gemeinschaftlichen Ausführung derselben Kommission beauftragt hat, im Zweifel solidarisch (Art. 280 des H.G.B.); es steht ihnen die Einrede der Theilung und Vorausklage nicht zu (Art. 281 des H.G.B.).

Wie beim Auftrag überhaupt, so ist auch bei der Kommission als allgemeiner Grundsatz anzuerkennen, dass der Beauftragte den Auftrag nicht nach seiner **Ansicht**, sondern nur nach der **Absicht des Auftraggebers** auszuführen habe. Der Kommissionär muss sich demgemäss mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bestreben, diese maassgebende Absicht des Kommittenten zu erfassen und sich zum Verständniss zu bringen, er muss als sorgfältiger Kaufmann auch die üblichen technischen Ausdrücke, welche der Kommittent in seinem Auftrag gebraucht, kennen. Stellt sich daher der Auftrag als unklar und zweideutig (mandatum dubium) heraus und erscheint demgemäss die Absicht des Kommittenten als zweifelhaft, so ist es die Pflicht des Kommissionärs, bevor er den Auftrag ausführt, die nothwendige Aufklärung von Seite des Kommittenten einzuholen und deren Eintreffen abzuwarten. Der Kommissionär ist in diesem Falle nicht berechtigt, auf die Gefahr hin zu irren, dennoch zu handeln und den Willen des Kommittenten selbst zu deuten, denn eben dadurch, dass er den Kommittenten um nähere Aufklärung rücksichtlich dieses Willens ersucht,

[1]) Grünhut l. c. S. 104—208.

hat er ja zugegeben, dass er diesen Willen nicht verstanden habe, dass ihm die Absicht des Kommittenten nicht klar geworden sei.

Ist der Auftrag nur **zum Theil** unklar und zweideutig, so hat der Kommissionär das Recht und die Pflicht, den unzweideutigen und klaren Theil des übernommenen Auftrages ohne Zögern auszuführen, vorausgesetzt, dass auch eine theilweise Ausführung des Auftrages als dem Willen des Kommittenten entsprechend und daher überhaupt als zulässig erscheinen würde.

Hat der Kommissionär dem Kommittenten mitgetheilt, wie er den ihm zweifelhaft erscheinenden Auftrag auffasse, und dass er die Absicht habe, den Auftrag dieser seiner Auffassung gemäss auszuführen, so ist er verpflichtet, die Erklärung des Kommittenten während einer den Umständen angemessenen Frist abzuwarten. Schweigt der Kommittent, so wird das blosse Schweigen in der Regel als eine Genehmigung dieser Auffassung des Kommissionärs zu gelten haben, denn es handelt sich hier nicht um eine von dem Kommissionär vorgeschlagene Modifikation der ursprünglichen Kommission, also um einen Antrag des Kommissionärs zu einer neuen Kommission, welcher durch das blose Schweigen des Kommittenten allerdings noch nicht als angenommen erscheinen würde, sondern es steht hier nur eine nachträgliche Interpretation der festgehaltenen, ursprünglichen Kommission in Frage, rücksichtlich deren eine sofortige Erklärung des Kommittenten unter den gegebenen Umständen in der Regel als durch die bona fides geboten erscheint.

Für die Ermittelung und Feststellung der Absicht des Kommittenten sind zunächst die Erklärungen des Letzteren, die von ihm ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten **Instruktionen** maassgebend.[2]) Die Pflicht des Kommissionärs, sich bei der Ausführung des Auftrages an die Instruktionen des Kommittenten zu halten, ist eine mehr oder weniger strenge, je nachdem die Absicht des Kommittenten erhellt, seine Instruktionen einen **imperativen (limitativen, obligatorischen)** Karakter zu geben oder nicht; im ersteren Falle kann man von einer **imperativen (limitativen, obligatorischen, gemessenen)** Kommission sprechen, im letztern Falle von einer **fakultativen** Kommission im **weiteren** Sinne. Die fakultative Kommission im weiteren Sinne ist aber entweder **demonstrative (enuntiative)** Kommission, wenn die Instruktionen, wie in der Regel, keinen imperativen Karakter haben, oder sie ist **fakultative (illimitirte)** Kommission im **engeren** Sinne, wenn von Seite des Kommittenten Instruktionen überhaupt nicht ertheilt sind.

---

[2]) Aufgabe der Wissenschaft kann und muss es sein auch in der folgenden Materie, in der das Gesetz zwar schweigen muss, die Wissenschaft sich aber nicht einfach zurückziehen und damit begnügen darf, bloss die Pflicht des Kommissionärs zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als den allgemeinen Ausgangspunkt der Beurtheilung hinzustellen, die Anleitung für die Lösung konkreter Fälle zu geben, Regeln aufzustellen, deren Anwendung allerdings der individuellen Beurtheilung einen weiten Spielraum lassen muss, die aber doch nicht ausser Acht gelassen werden können, ohne dass die Rechtspflege Schaden nimmt. Glaser im Gerichtssaal Bd. 33 S. 9—10; anders Löwenfeld in Zeitschr. f. H.R. Bd. 26 S. 342.

Sind die Instruktionen des Kommittenten nach der erkennbaren Absicht des Letzteren **imperativ** gewollt, so ist der Kommissionär verpflichtet, dieselben bei der Ausführung des Auftrages genau zu beobachten. Die Schritte des Kommissionärs sind insoweit gezählt, die Art der Ausführung der Kommission ist streng vorgeschrieben, die vom Kommittenten gesetzten Grenzen sind genau einzuhalten, selbst dann, wenn nach Ansicht des Kommissionärs das Interesse des Kommittenten dabei Schaden litte und eine Abweichung von den imperativen Instruktionen sich für den Kommittenten als besonders vortheilhaft empfehlen würde. „Parir Ordre und thu' Unrecht." „Qui passe commission, perd." Die in dieser Strenge scheinbar gelegene Härte schwindet, wenn man bedenkt, dass die Voraussetzung dieser Strenge erst dann gegeben ist, wenn die Instruktionen auch wirklich als imperative gewollt sind. **Ob dies aber der Fall sei, hat der Kommissionär mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im konkreten Falle zu prüfen; er macht sich daher verantwortlich, wenn er in einem gegebenen Fall die Instruktionen als imperativ gewollt buchstäblich befolgt, obwohl er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hätte erkennen müssen, dass die anscheinend imperativen Instruktionen nach der Absicht des Kommittenten für den gegebenen Fall nur demonstrative Bedeutung haben sollten,** weil z. B. plötzlich andere Umstände eingetreten sind, der Kommissionär aber als sorgfältiger Kaufmann einsehen musste, dass die Instruktionen sich nur auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge beziehen sollten, oder wenn es offenbar ist, dass der Kommittent bei Ertheilung der Kommission nicht gehörig unterrichtet, von ganz anderen Voraussetzungen ausgegangen war u. s. w.

Sind aber die Instruktionen **unzweifelhaft** imperativ gewollt, so ist der Kommissionär für jede, auch die geringste, sei es auch in bester Absicht vorgenommene Abweichung verantwortlich.[3]) Dies entspricht dem Verkehrsbedürfnisse, denn der Kommittent pflegt die eigentliche Spekulationsabsicht, von der er bei der Ertheilung der Kommission geleitet war, geheim zu halten, dem Kommissionär kann nicht zugemuthet werden, in diese geheime Absicht des Kommittenten einzudringen, er ist vielmehr verpflichtet, dieses Geheimniss zu respektiren. Aber auch dann, wenn ihm diese eigentliche Spekulationsabsicht bekannt geworden ist, so ist der Kommissionär wohl verpflichtet, gemäss der ihm bekannten Spekulationsabsicht des Kommittenten den Auftrag auszuführen, nicht aber dieselbe seiner Prüfung zu unterwerfen, je nach seiner Ansicht von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Kalküls des Kommittenten zu handeln und gleichsam in höherer Instanz zu beurtheilen, welche Maassregel dem Interesse des Kommittenten am besten entsprechen würden.

Der durch die imperativ gewollten Instruktionen des Kommittenten beschränkte Kommissionär, welcher sich bei der Ausführung des Auftrages nicht

---

[3]) Die meisten Schriftsteller gestatten unter Umständen Abweichung von den imperativen Instruktionen, doch beruht dies in der Regel darauf, dass im Hintergrunde immer die Vorstellung vorwaltet, dass die sog. imperativen Instruktionen doch nur eigentlich demonstrative Bedeutung haben sollten.

ausschliesslich durch die Instruktionen leiten lässt, der etwas hinzuzufügen oder wegzulassen oder zu verändern sich gestattet, handelt auf seine Gefahr; es fehlt an der Identität des ausgeführten mit dem aufgetragenen Geschäfte. Der Kommittent ist nicht verpflichtet, das Geschäft anzuerkennen und ist berechtigt, falls eine instruktionsmässige Ausführung möglich gewesen wäre, Schadenersatz zu verlangen.

Sind die vom Kommittenten ertheilten Instruktionen nach der erkennbaren Absicht desselben nicht imperativ, sondern **demonstrativ** gewollt, so ist es dem Kommissionär unter gewissen Voraussetzungen gestattet, dann aber auch zur Pflicht gemacht, von den ertheilten Instruktionen abzuweichen. Die demonstrative Kommission kann juristisch so aufgefasst werden, als ob ein Auftrag mit einer bedingten alternativen Verpflichtung des Kommissionärs vorläge, nämlich der Auftrag, das aufgetragene Geschäft entweder so auszuführen, wie es in den demonstrativen Instruktionen vorgezeichnet erscheint, oder, wenn eine Abweichung von den Instruktionen durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erscheint und andere Instruktionen von Seiten des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten, so wie es das durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitete Ermessen des Kommissionärs mit sich bringen werde. Der Auftrag ist demnach nicht alternativ rücksichtlich des aufgetragenen Geschäftes selbst, was dann der Fall wäre, wenn der Kommittent zwei oder mehrere Geschäfte bezeichnete, von welchen nur entweder das eine oder das andere ausgeführt werden soll, sondern alternativ nur rücksichtlich des Modus der Ausführung; soweit der Auftrag alternativ ist, hat er auch fakultative Bedeutung. Der Auftrag ist aber auch zugleich jedenfalls insoweit imperativ, als der Kommissionär nur das aufgetragene Geschäft auszuführen berechtigt ist und kein anderes. Der Kommissionär ist unter den erwähnten beiden Voraussetzungen berechtigt und verpflichtet, von den demonstrativen Instruktionen schon dann abzuweichen, wenn er dadurch für den Kommittenten bessere Bedingungen zu erzielen hoffen kann.

Der Kommittent ist wegen einer unter diesen beiden Voraussetzungen erfolgten Abweichung von den Instruktionen nicht berechtigt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen. Tritt in diesem Falle der aus der Abweichung von der Instruktion erwartete Vortheil hinterher nicht ein, so haftet der Kommissionär überhaupt nicht, wenn er im Uebrigen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gehandelt hat; hat er sich an die demonstrativ gegebene Instruktion getreu gehalten, so haftet er dessenungeachtet, wenn bewiesen wird, dass er durch eine Abweichung von derselben, welche im gegebenen Falle durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten gewesen wäre, bessere Bedingungen hätte erzielen können. In der unter den oben erwähnten beiden Voraussetzungen erfolgten Abweichung von der demonstrativen Instruktion ist nicht ein excessus mandati, eine unbeauftragte Geschäftsführung des Kommissionärs gelegen; wäre letzteres der Fall, so könnte nur von einem **Rechte** des Kommissionärs zur Abweichung, nicht von einer **Pflicht** zur Abweichung die Rede sein; vielmehr handelt der Kommissionär,

welcher unter den erwähnten Voraussetzungen von der demonstrativen Instruktion abweicht, nicht als negotiorum gestor, sondern als Mandatar.

Wie bei allen alternativen Obligationen ist auch hier zunächst unbekannt, was der Kommissionär zu leisten hat; erst hinterher wird bestimmt, welcher Modus der Ausführung als der Leistungsgegenstand anzusehen sei. Es liegt eine Obligation vor mit verschiedenen Ausführungsarten und desshalb mit Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes. Sämmtliche Ausführungsarten sind in obligatione, die eine in den demonstrativen Instruktionen vorgezeichnete unbedingt, die andere bedingt, aber nur eine ist in solutione. Erst wenn sämmtliche Ausführungsarten als alternativ geschuldete Leistungsgegenstände unmöglich geworden sind, wird der Kommissionär wegen Unmöglichkeit der Ausführung von seiner Verpflichtung befreit.[4]) Der Kommittent muss das gegen den Inhalt der Instruktion abgeschlossene Geschäft als für sich geschlossen gelten lassen, wenn der instruktionswidrig handelnde Kommissionär beweist, dass die Instruktionen nach der erkennbaren Absicht des Kommittenten, welche er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes sich klar zu machen gesucht hat, einen blos demonstrativen Karakter haben sollten, dass er als sorgfältiger Kaufmann annehmen durfte, dass die Abweichung von den Instruktionen, die Wahl der anderen Alternative, des anderen Ausführungsmodus, der wahren Absicht des Kommittenten entsprechen werde, und dass andere Instruktionen von Seite des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten.

Der in den demonstrativen Instruktionen angegebene Modus der Ausführung bleibt immer der Prinzipalmodus, der andere dem Kommissionär alternativ gestattete Weg soll nur eventuell und subsidiär zur Anwendung kommen, nur dann, wenn neue Instruktionen nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten und die Wahl eines anderen Modus der Ausführung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum Vortheile des Kommittenten geboten erscheint. Liegt also ein Auftrag mit Instruktionen des Kommittenten vor, und findet der Kommissionär bei einer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgenommenen Untersuchung, dass eine Abweichung von den Instruktionen im Sinne des Kommittenten gelegen wäre, z. B. eine genaue, der Instruktion gemässe Ausführung für den Kommittenten offenbar Schaden nach sich ziehen würde, dass die Instruktion also insoweit blos einen demonstrativen und keinen imperativen Karakter haben soll, so hat der Kommissionär den Kommittenten unverzüglich von der Sachlage zu informiren, damit dieser im Stande sei, den Auftrag zu modifiziren und andere Verfügungen zu treffen, ausserdem aber im Falle der Dringlichkeit, wenn dem Kommissionär bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes ein Aufschub in der Ausführung des Auftrages nicht gestattet erscheint, ist er berechtigt und verpflichtet von den Instruktionen abzuweichen und nach seinem Ermessen zu handeln. Eine buchstäbliche Ausführung des Auftrages verstiesse gegen den Geist desselben und gegen die wahre Absicht des Kommittenten, wäre überhaupt ein

---

[4]) Regelsberger in Jahrb. f. Dogm. XVI 159.

Missbrauch von Treu und Glauben und enthielte daher eine Pflichtverletzung; denn der Kommissionär darf und muss, wenn nicht unzweifelhaft feststeht, dass der Kommittent die Instruktionen im imperativen Sinne verstanden und daher buchstäbliche Ausführung gemäss den Instruktionen gewollt habe, von der Annahme ausgehen, dass der Auftrag stets durch das erkennbare Interesse des Kommittenten begrenzt sei. Wenn also z. B. der Kommissionär mit Rücksicht auf ein ihm bekannt gewordenes, dem Kommittenten aber bei Ertheilung der Instruktionen offenbar unbekannt gebliebenes Ereigniss als sorgfältiger Kaufmann denken muss, dass der Kommittent in Kenntniss dieses Ereignisses den Auftrag überhaupt nicht ertheilt, oder dessen Ausführung aufgeschoben hätte, oder wenn der Kommissionär gar weiss, dass der Kommittent auf eine offenbar falsche Grundvoraussetzung hin die Spekulation unternommen hatte, so ist er, wenn nicht mehr rechtzeitig andere Instruktionen von Seite des Kommittenten eingeholt werden könnten, trotz der vorliegenden Instruktionen, in Wahrheit aber dem eigentlichen Willen des Kommittenten entsprechend berechtigt und verpflichtet, das aufgetragene Geschäft nicht oder nicht sofort auszuführen; er rechtfertigt das vom Kommittenten in ihn gesetzte Vertrauen eben dadurch, dass er bei Wegfall der Umstände, auf welche der Auftrag berechnet war, mit der Einsicht eines sorgfältigen Kaufmannes selbständig handelt. Er ist in solchen Fällen nur für den Schaden verantwortlich, welchen er dabei für den Kommittenten durch die Nichtbeachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes herbeigeführt hat. — Wenn z. B. der Kommittent den Kommissionär mit dem Ankauf verschiedener Waaren beauftragt, und dem Kommissionär bekannt ist, dass der Kommittent diese Waaren lediglich bei einem bevorstehenden öffentlichen Feste oder bei einer erst abzuschliessenden Lieferung für einen in Krieg befindlichen Staat zu verwerthen hoffen kann und auch nur mit Rücksicht darauf bestellt hat, der Kommissionär aber aus zuverlässiger Quelle erfährt, dass diese Festlichkeit nicht stattfinden werde, dass der Friede geschlossen worden sei, so würde die dessenungeachtet erfolgende Ausführung des Auftrages dem wahren Willen des Kommittenten widersprechen; der Kommissionär müsste hier den Kommittenten von der veränderten Sachlage verständigen und neue Instruktionen einholen.

Die **illimitirte** oder **fakultative** Kommission im **engeren** Sinne zeichnet sich dadurch aus, dass der Kommittent sich bei derselben überhaupt enthält in Beziehung auf das aufgetragene Geschäft irgend einen bestimmten Modus der Ausführung, sei es auch nur durch eine demonstrative Instruktion, vorzuzeichnen, vielmehr es dem Kommissionär überlässt, bei der Wahl dieses Modus nach seinem freien Ermessen (uti voluerit) vorzugehen, je nach der günstigen Gelegenheit auf Grund der augenblicklichen Eindrücke seine Entschlüsse zu fassen, die Mittel für die Ausführung des aufgetragenen Geschäftes nach seinem Belieben zu wählen, überhaupt im Interesse und zum Vortheil des Kommittenten nach seinen besten Kräften zu handeln. So ausgedehnt nämlich auch die durch eine solche Kommission dem Kommissionär gelassene Freiheit der Bewegung sein mag, so ist der Kommissionär doch nicht als berechtigt anzusehen, etwa blossen Eingebungen der persönlichen Laune ganz unbeschränkt und zum Nach-

theile des Kommittenten zu folgen, da doch vernünftiger Weise von keinem Kommittenten angenommen werden kann, er habe dem Kommissionär das Recht geben wollen, seine Interessen zu schädigen anstatt zu schützen. Daraus ergibt sich aber, dass die auch rein fakultative, illimitirte Kommission stets ihre natürlichen Grenzen in der durch die Kommission begründeten Pflicht des Kommissionärs finden muss, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum Vortheile des Kommittenten zu handeln und dessen Interessen zu wahren. So lange sich der Kommissionär bei der Ausführung der fakultativen Kommission innerhalb dieser Grenzen bewegt, so lange er nur dasjenige thut, resp. unterlässt, was ein ordentlicher Kaufmann in solchen Fällen zu thun resp. zu unterlassen pflegt, so kann, wie immer der von ihm gewählte Modus der Ausführung, wie immer auch der Schlusserfolg der Operation für den Kommittenten beschaffen sein mag, von einer Verletzung des Auftrages nicht die Rede sein. Der Kommissionär ist daher in Beziehung auf seine Verantwortlichkeit gedeckt, und es kann ihm, wenn er sich bei seinen Schritten von der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes lenken liess, nicht zur Last gelegt, daher auch nicht zur Grundlage eines Schadenersatzanspruches gemacht werden, wenn er sich geirrt, wenn er kraft der ihm eingeräumten diskretionären Gewalt im guten Glauben einen ihm vortheilhaft scheinenden Modus der Ausführung der Kommission gewählt hat, bei welchem aber die von dem Kommittenten unternommene Handelsspekulation gescheitert ist, während er einen anderen ihm nachtheilig scheinenden Modus hintanzusetzen für gut gefunden hat, bei dessen Wahl die nun gescheiterte Operation ein für den Kommittenten vortheilhaftes Resultat gehabt hätte; denn der Kommissionär hat das aufgetragene Geschäft ausgeführt und kein anderes; es ist so anzusehen, als ob der Kommissionär den Auftrag erhalten hätte, dasjenige zu thun resp. zu unterlassen, was er gethan resp. unterlassen hat, und es gerade so zu thun resp. zu unterlassen, wie er es gethan resp. unterlassen hat. Wollte es der Kommittent anders, so war es seine Sache, dies durch die Ertheilung von Instruktionen zu bestimmen, er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er nunmehr nicht zufrieden ist. Anders aber, wenn der Kommissionär über die auch bei der fakultativen Kommission selbstverständlich gezogenen Grenzen hinausgeht und durch die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes das Interesse des Kommittenten schädigt; es liegt dann eine Verletzung des sei es auch rein fakultativen Auftrages vor, welchen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im guten Glauben auszuführen eine dem Kommissionär durch das Gesetz auferlegte Pflicht ist. Der Komittent ist zwar nicht berechtigt, das von dem Kommissionär geschlossene Geschäft zurückzuweisen, der Kommissionär ist aber verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, welchen er für den Kommittenten durch die Nichtbeobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes herbeigeführt hat. Die Verantwortlichkeit des Kommissionärs ist daher z. B. begründet, wenn er mit notorisch zahlungsunfähigen Personen kontrahirt hat oder ganz unnöthigerweise auf dem Kommittenten offenbar nachtheilige Bedingungen eingegangen ist. So erscheinen die Gefahren, welche aus der fakultativen Gestaltung der Kommission für den

Kommittenten hervorgehen können, wesentlich verringert. Ist auch dem Kommissionär unter den verschiedenen möglichen Arten der Ausführung des Auftrages die freie Wahl gelassen, so ist der Kommittent doch nicht verpflichtet, alles, was der Kommissionär zu thun und zu unterlassen für gut befunden, unbesehen für sich gelten zu lassen. Der Kommittent ist vielmehr nur an dasjenige ohne Weiteres gebunden, was der Kommissionär mit Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gethan resp. unterlassen hat, ganz unabhängig davon, ob der Kommissionär mit oder ohne Erfolg gehandelt hat. Hat aber der Kommissionär etwas gethan resp. unterlassen, was ein ordentlicher Kaufmann in solchen Fällen nicht zu thun resp. zu unterlassen pflegt, so ist der Kommittent berechtigt, den Ersatz des ihm zugefügten Schadens zu beanspruchen, er ist nur nicht berechtigt, das für ihn geschlossene Geschäft zurückzuweisen.

Die Kommission kann niemals blos fakultativ oder blos demonstrativ sein, sie muss immer wenigstens insoweit imperativ sein, als es die Bestimmtheit des Gegenstandes erfordert, sie könnte allerdings blos imperativ sein, allein sie erscheint selten praktisch rein in dieser Form. Bei den plötzlichen und häufigen Schwankungen des Handelsverkehrs wäre die Gefahr begründet, dass die blos imperative Kommission sich nicht selten gegen das Interesse des Kommittenten kehren würde, insbesondere bei dem Handel in der Ferne ist ein sehr fühlbarer Uebelstand der imperativen Kommission darin gelegen, dass der Kommissionär nicht einmal das Recht hat, solche Hindernisse des Geschäftsabschlusses, welche von dem Kommittenten nicht vorausgesehen worden waren, auf eigene Hand zu beseitigen, so dass der Abschluss des von dem Kommittenten gewünschten Geschäftes oft erschwert, häufig ganz unmöglich gemacht wird. Der Handelsverkehr zieht daher die fakultative Gestaltung der Kommission vor. Zuweilen beschränkt sich der Kommittent darauf, den Inhalt des Auftrages nur in den für die Bestimmtheit nothwendigen Umrissen zu präzisiren und dem Kommissionär im Uebrigen die bestmögliche Ausführung desselben vorzuschreiben. Allein wenn eine solche, blos fakultative Gestaltung der Kommission zu weit geht, so wird dadurch dem freien Ermessen des Kommissionärs ein allzu grosser Spielraum eingeräumt, das Interesse des Kommittenten wird dann zu sehr der, wenn auch durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bestimmten Ansicht des Kommissionärs überantwortet, und der Erfolg einer vom Kommittenten unternommenen, dem Kommissionär vielleicht unbekannt gebliebenen Spekulation nicht selten gefährdet. A beauftragt z. B. den Kommissionär B für seine Rechnung 10 Ballen Baumwolle zu kaufen, bestimmt aber weder die Qualität, noch das Gewicht des einzelnen Ballens, noch den Preis, noch den Zeitpunkt des Einkaufs, noch die Art und Zeit der Versendung; der Kommittent hat ohne Zweifel die Absicht, irgend eine Handelsoperation durchzuführen, und zu diesem Zwecke die bestellte Waare zu verwenden; soll aber diese Spekulation gelingen, so muss die Waare eine bestimmte Qualität haben, zu einer bestimmten Zeit eintreffen u. s. w.; es geht daher nicht wohl an, dass der Kommittent in allen diesen Punkten den Kommissionär nach freiem Ermessen schalten lasse. In der Regel erfolgt daher eine passende Kombination der drei Formen der Kom-

mission. Der Kommittent gestaltet den Auftrag nur in einigen Punkten imperativ, in anderen blos demonstrativ und in anderen rein fakultativ. A beauftragt z. B. den Kommissionär B ohne Limitirung des Preises für seine Rechnung eine gewisse Anzahl Ballen einer genau angegebenen Sorte amerikanischer Baumwolle einzukaufen und dieselbe, wenn thunlich, mittelst des Dampfschiffes X zu überschicken. Diese Kommission ist rücksichtlich der Qualität imperativ, rücksichtlich des Preises fakultativ und rücksichtlich der Art der Versendung demonstrativ.

Im Einzelnen ist in Beziehung auf die Pflicht zur Ausführung der Kommission Folgendes zu bemerken:

1. **Mittel der Ausführung.** Jede Kommission gibt dem Kommissionär stets an und für sich jene Befugnisse, welche bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes als nothwendig erscheinen, um das aufgetragene Geschäft ausführen zu können; denn es ist anzunehmen, dass der Kommittent, der die Ausführung des in seinem Interesse ertheilten Auftrages will, auch die Mittel zur Ausführung wolle. Kann der Auftrag auf verschiedenartigem Wege ausgeführt werden, stehen also dem Kommissionär zur Erreichung desselben Zieles verschiedene Mittel zu Gebote, so kommt es zunächst darauf an, ob der Kommittent in Beziehung auf die Mittel der Ausführung Instruktionen ertheilt hat oder nicht. Im letzteren Falle, wo die Kommission rücksichtlich der Mittel der Ausführung fakultativ gestaltet ist, steht es dem Kommissionär frei, nach seinem Ermessen die Mittel der Ausführung zu wählen. Dieses Ermessen hat seine natürliche Grenze in der Pflicht des Kommissionärs, den Vortheil des Kommittenten mit der Sorgfalt eines durch verständige Vorsicht geleiteten ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Der Kommissionär, welcher seinen Entschluss momentan auf Grund der derzeitigen Eindrücke zu fassen gezwungen ist, kann möglicher Weise über die Richtigkeit der Mittel der Ausführung in diesem Augenblicke irren; er ist nur dann verantwortlich, wenn er den Irrthum durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes hätte verhindern können. Bei Beurtheilung seines Verhaltens ist nicht auf den Erfolg zu sehen; hat er durch die verständige Vorsicht eines ordentlichen Kaufmannes bestimmt gehandelt, so kann es ihm nicht schaden, wenn sich hinterher zeigen sollte, dass die Wahl anderer Mittel der Ausführung ein günstigeres Resultat für den Kommittenten zur Folge gehabt hätte. Der Kommissionär macht sich nicht verantwortlich, wenn er die Art und die Mittel der Ausführung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gewählt hat. Hat aber der Kommittent in Beziehung auf die Mittel der Ausführung etwas vorgeschrieben, so ist zu untersuchen, ob die ertheilten Instruktionen vom Kommittenten **imperativ** oder blos **demonstrativ** gewollt sind. Im ersten Falle ist der Kommittent bei jeder Abweichung von den vorgezeichneten Mitteln der Ausführung berechtigt, das Geschäft zurückzuweisen, eventuell, wenn eine auftragsmässige Ausführung möglich gewesen wäre, Schadenersatz zu verlangen; es liegt eine Ueberschreitung des Auftrages (excessus mandati) vor.[5]) Im letzteren Falle ist der Kommittent

[5]) Ausnahmen von dem obigen Grundsatze sind in Art. 363, 364, 369 H.G.B. enthalten.

wegen einer Abweichung von den blos demonstrativ angegebenen Mitteln der Ausführung zur Zurückweisung des Geschäftes nicht berechtigt, vorausgesetzt, dass diese Abweichung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten war, und dass andere Instruktionen von Seite des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten; denn der Kommissionär handelt ja innerhalb der ihm eingeräumten Befugniss, wenn er bei Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen an Stelle der demonstrativ angegebenen Mittel der Ausführung andere substituirt; doch macht er sich jedenfalls trotz des Vorhandenseins jener beiden Voraussetzungen für die aus der Abweichung für den Kommittenten entstandenen nachtheiligen Folgen verantwortlich, wenn er bei der gerechtfertigten Abweichung von den Instruktionen nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist; wenn also der Kommissionär etwa gar aus blosser Laune andere Mittel der Ausführung substituirt, obwohl der Ausführung durch die von dem Komittenten demonstrativ angegebenen Mittel kein Hinderniss im Wege stand, also die Wahl eines anderen Mittels der Ausführung nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten war, so kann der Kommittent das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweisen und, falls eine auftragsmässige Ausführung möglich gewesen wäre, Schadenersatz verlangen. Ist die Substituirung anderer Mittel der Ausführung an und für sich gerechtfertigt, erscheint aber die Lage des Kommittenten durch die Abweichung von den Instruktionen verschlechtert, so macht sich der Kommissionär schadenersatzpflichtig, wenn er nicht zu beweisen vermag, dass er bei dieser Abweichung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gehandelt habe.

Behauptet der Kommittent, dass der üble Ausgang der Angelegenheit darauf zurückzuführen sei, dass sich der Kommissionär bei der Wahl der Mittel der Ausführung einen Mangel an Sorgfalt zu Schulden kommen liess, so liegt es dem Kommissionär ob, den speziell angegebenen Rügen des Kommittenten gegenüber sein Verfahren als das eines ordentlichen Kaufmannes zu rechtfertigen.

2. **Substitution eines anderen Kommissionärs.** Es fragt sich, ob und inwieweit der Kommissionär berechtigt ist, sich bei der Ausführung der Kommission der Hilfe anderer Personen zu bedienen oder gar die Ausführung einem Substituten zu übertragen.[6]) Der Kommittent lässt sich in der Regel bei der Auswahl des Kommissionärs durch gewisse der Person, dem Geschäftsorganismus und der Firma desselben anhaftende Momente, insbesondere durch den Kredit, die Geschäftsverbindungen, die Pünktlichkeit und Rechtlichkeit, Geschäftsgewandtheit und ähnliches bestimmen, welche bewirken, dass er nur **diesen** Kommissionär und keinen anderen, diese Firma und keine andere will, umsomehr, als ja der Kommissionär im **eigenen** Namen abzuschliessen hat; dadurch ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Kommissionär sich bei der Ausführung der Kommission der Arbeit dritter Personen bediene (arg. Art. 371), soweit solche Mitwirkung fremder Kraft der Sorgfalt eines ordentlichen Kauf-

[6]) Grünhut l. c. S. 312—324.

mannes bei Ausführung des Geschäftes entspricht und nicht durch besondere Bestimmung des Kommittenten ausgeschlossen ist. Unverträglich wäre es aber damit, wenn der Kommissionär ohne Gestattung des Kommittenten die Ausführung der Kommission im Ganzen einem Substituten übertragen wollte; denn es ist anzunehmen, dass der Kommittent dem Kommissionär wohl die Ausführung der Kommission, nicht aber an und für sich die Wahl eines anderen Kommissionärs anvertrauen wollte. Ist daher dem Kommissionär die Bestellung eines Substituten von dem Kommittenten nicht ausdrücklich oder stillschweigend gestattet worden, so muss er die übernommene Kommission selbst ausführen;[7]) eine stillschweigende Ermächtigung zur Substitution ist aber, als durch die Natur des Geschäftes geboten, in der Regel insbesondere dann anzunehmen, wenn die persönliche Ausführung durch den Kommissionär selbst eine solche Ortsveränderung desselben erforderlich machen würde, welche nach den Umständen des Falles bei Beobachtung der Regeln eines ordnungsmässigen Verkehres nicht erwartet werden kann.[8])

Ist die Substitution von dem Kommittenten (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet, so haftet der Kommissionär lediglich für ein Verschulden bei der Auswahl des Substituten,[9]) sog. culpa in eligendo; er haftet also nicht, wenn er bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes durchaus keinen Grund hatte, den Substituten kaufmännisch ungünstig zu beurtheilen. Die Bestellung eines Substituten ist in diesem Falle unter Umständen eine Pflicht des Kommissionärs, so dass sich dieser schadenersatzpflichtig macht, wenn er die Substitution unterlässt; allerdings berechtigt ein unvorhergesehenes und unvermeidliches Hinderniss zur Aufkündung des Auftrages, aber für diesen Fall ist eben die Substitution gewollt.

Ueberträgt der Kommissionär, ohne dass ihm die Bestellung eines Substituten (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet worden, die Ausführung des Geschäftes einem Anderen, so ist zu unterscheiden, ob ihm die Substitution unvermeidlich geworden oder ob er dieselbe ohne Noth vorgenommen.

Im ersten Falle steht der substituirende Kommissionär ebenfalls nur für ein Verschulden bei der Auswahl des Substituten ein. Dass aber dem Kommissionär die Substitution durch die Umstände unvermeidlich geworden, lässt sich nur dann behaupten, wenn er. ohne eigenes Verschulden verhindert selbst zu handeln, in bona fide unter dem Zwange der Dringlichkeit substituirt hat, weil

---

[7]) Bei dem Kommissionsgeschäfte hat die Möglichkeit der Substitution noch ihre besonderen Schattenseiten, welche dann hervortreten, wenn der Kommissionär, wie in der Regel, im eigenen Namen substituirt; schon die Frage, ob in einem gegebenen Falle eine Substitution stattgefunden habe, ist nicht immer leicht und nur als quaestio facti mit Rücksicht auf die Umstände zu beantworten.

[8]) Eine Substitutionsbefugniss darf überall da angenommen werden, wo der Werth der Leistung ein objektiver ist und auf eigene oder alleinige Leistung des Verpflichteten von dem Berechtigten nach der Verkehrssitte nicht gerechnet werden kann. So Goldschmidt in s. Zeitschr. Bd. XVI S. 299, 337; v. Wyss l. c. S. 87—91, R.O.H.G. Bd. XI Nr. 49 S. 146.

[9]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 49 S. 146.

er sich in die Alternative versetzt sieht, entweder zum Schutze der ihm anvertrauten Interessen des Kommittenten die Substitution vorzunehmen, oder durch den mit der Verständigung des Kommittenten behufs Instruktionsertheilung verknüpften Aufschub in der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes die Interessen des Kommittenten zu gefährden und nicht nur den Erfolg in Frage zu stellen, sondern auch den Kommittenten mit Verlust zu bedrohen; so z. B. wenn der Kommissionär B sich verhindert sieht, die Einkaufskommission selbst auszuführen, aber wohl weiss, dass die Ausführung des Geschäftes etwa wegen einer von A übernommenen Lieferung einerseits dringlich, andererseits die rechtzeitige Benachrichtigung des A behufs Wahl eines anderen Kommissionärs unmöglich sei. Nimmt der Kommissionär in einem solchen Nothfalle die Substitution vor, so handelt er als Mandatar auf Grund der dem Kommissionär für diesen Fall (ipso jure) durch das Gesetz selbst ertheilten Befugniss; der Kommissionär hat aber unter diesen Umständen auch die Verpflichtung, zu substituiren; denn das Gesetz ertheilt ja die Ermächtigung zur Substitution nicht im Interesse des Kommissionärs, sondern in dem des Kommittenten; es geht von der Annahme aus, dass der Kommittent vor allem die objektive Ausführung des aufgetragenen Geschäftes wolle, nicht aber die subjektive Ausführung gerade nur durch diesen Kommissionär; der Kommissionär macht sich daher verantwortlich, wenn er, obwohl durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Substitution geboten war, die Substitution schuldbarer Weise nicht vorgenommen hat und das Geschäft unausgeführt geblieben ist; dadurch allein wird einer ernstlichen Gefährdung der Interessen des Kommittenten vorgebeugt; der Kommissionär ist nur dann ausser aller Haftung, wenn er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes sowohl bei der Beurtheilung der Frage, ob ein gesetzlicher Substitutionsfall vorhanden sei, als auch bei der Wahl des Substituten vorgegangen ist. Hat der Kommissionär erst nach erklärter Aufkündung die Substitution vorgenommen, so ist dies keine Substitution kraft des Auftrages, der ja durch den Rücktritt erloschen ist, sondern eine negot. gestio des Kommissionärs, der sich an und für sich in das ihm fremd gewordene Geschäft nicht weiter zu mischen hatte.

Im zweiten Falle handelt der Kommissionär, wenn er, ohne dass es ihm von dem Kommittenten gestattet worden und ohne Noth substituirt, nicht auf Grund des Mandates, nicht kraft einer ihm durch Vertrag oder Gesetz eingeräumten Befugniss, sondern als negot. gestor und haftet jedenfalls ganz allein für den Erfolg; jedes Verschulden des Substituten verpflichtet ihn, wie sein eigenes.[10]) Dem Kommissionär darf es nicht freistehen, obwohl er den Auftrag übernommen, sich von den Verpflichtungen aus demselben in versteckter Weise los zu machen; der Kommissionär haftet insbesondere auch dann für jedes Verschulden des Substituten, wenn er zwar ohne eigenes Verschulden selbst

[10]) So auch nach gem. R. l. 2 § 1 D. si mensor. 11,6; Jhering in s. Jahrb. für Dogm. Bd. IV S. 84 ff.; Ubbelohde in Zeitschr. f. H.R. VII S. 219 ff.; v. Wyss S. 89; Windscheid § 410; ebenso österr. G.B. § 1010; preuss. Landr. I 13 § 38; sächs. G.B. § 1308.

zu handeln verhindert war, der Abschluss des Geschäftes aber ohne Nachtheil für den Kommittenten hätte aufgeschoben werden können; denn der Kommissionär ist verpflichtet, von dem eingetretenen Substitutionsbedürfniss den Kommittenten zu verständigen und dessen Ordre abzuwarten.

Wenn der Kommittent die Substitution ausdrücklich verbietet, so steht die Absicht des Kommittenten fest, das Geschäft nur durch diesen Kommissionär abzuschliessen oder unausgeführt zu lassen; der Kommissionär muss sich an diese Vorschrift halten; überträgt der Kommissionär dessenungeachtet die Ausführung des Geschäftes einem anderen, so handelt er nicht mehr auf Grund des Auftrages, sondern als negot. gestor und zwar gegen den erklärten Willen des dominus.

Ist die Substitution gestattet, so hängt es von der näheren Bestimmung des Kommittenten ab, ob der Kommissionär von der Substitutionsbefugniss nach freiem Ermessen oder nur unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere im Falle eigener Verhinderung, Gebrauch zu machen befugt sein soll; entspricht ersteres dem Willen des Kommittenten, so trifft den Kommissionär keine Verantwortung, wenn er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Substitution vorgenommen hat, gleichgiltig, ob er die Kommission selbst hätte ausführen können oder nicht; entspricht letzteres dem Willen des Kommittenten, so müssen jene Voraussetzungen vorhanden sein, von welchen die Zulässigkeit der Substitution abhängig gemacht ist; der Kommissionär muss das Vorhandensein dieser Voraussetzungen darthun, insbesondere also seine eigene Verhinderung, sonst ist er, wenn er nicht etwa die Substitution in einem Nothfalle vorgenommen, für die Thätigkeit des Substituten in vollem Umfange verantwortlich.

Zuweilen bezeichnet der Kommittent einen eventuellen Substituten; diese Bezeichnung kann **imperativ** oder **demonstrativ** gewollt sein; ist ersteres der Fall, so ist die Wahl einer anderen Person als Substituten nicht gestattet; der Kommissionär, welcher den imperativ bezeichneten Substituten bestellt hat, haftet für denselben nicht weiter; in der imperativen Bezeichnung einer bestimmten Person als Substituten ist die Ausschliessung einer jeden anderen Person gelegen; der Kommissionär muss also selbst handeln und darf auch, wenn die Bestellung eines Substituten unvermeidlich und durch die Noth geboten ist, keinen Anderen als Substituten bestellen; substituirt er aber einen Anderen als den Bezeichneten, so haftet der Kommissionär ganz allein für den Erfolg, er steht für die Thätigkeit des Substituten in vollem Umfange ein. Ist die Bezeichnung des Substituten blos demonstrativ gewollt, so ist der Kommissionär unter Umständen berechtigt und verpflichtet, von der Bezeichnung des Kommittenten abzuweichen und eine andere Person an Stelle des genannten Substituten zu wählen, so z. B., wenn der genannte Substitut im Augenblicke, wo das Bedürfniss der Substitution eintritt, nicht mehr kreditwürdig ist, oder wenn er die Uebernahme der Kommission verweigert; denn es ist anzunehmen, dass der Kommittent diese bestimmte Person als Substituten nur deshalb bezeichnet habe, weil er von dem Kredite derselben und ihrer Bereitwilligkeit die Kommission zu übernehmen überzeugt war; der Kommissionär muss allerdings zunächst den Kommittenten davon

verständigen, damit derselbe eine andere Person als Substituten zu bezeichnen in der Lage sei; ist aber Gefahr im Verzuge, leidet also das Geschäft keinen Aufschub, so widerspräche es seiner Pflicht, als ordentlicher Kaufmann zu handeln, wenn er gestützt auf die von dem Kommittenten vorgenommene demonstrative Bezeichnung des Substituten das Geschäft unausgeführt liesse oder die Ausführung der bezeichneten Person übertrüge, obwohl der Kommittent, wenn er von dem Eintritte der neuen Umstände Kenntniss erlangt, dieselbe gewiss nicht als Substituten bezeichnet hätte; in einem solchen Falle ist dem Kommissionär die Bestellung einer anderen Person an Stelle des vom Kommittenten bezeichneten Substituten unvermeidlich geworden; geht er bei dieser Wahl eines anderen Substituten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vor, so trifft ihn weiter keine Verantwortlichkeit; es verhält sich dann gerade so, wie wenn der Kommittent die Substitution zwar gestattet, die Person des Substituten aber nicht bezeichnet hätte; der Kommissionär hat demnach so zu handeln, als ob der Kommittent das Recht zur Substitution und die Wahl des Substituten seinem freien Ermessen überlassen hätte.

Für alle Fälle auch der befugten Substitution gilt der Grundsatz, dass der Kommissionär bei sonstiger Verantwortlichkeit den Auftrag so zu übertragen habe, wie er selbst ihn übernommen; die empfangenen Instruktionen sind demnach treu zu vermitteln [11]) und der Substitut muss in die Lage gesetzt werden, den Auftrag so zu erfüllen, wie der substituirende Kommissionär selbst dazu verpflichtet war. Wenn der Kommissionär **im eigenen Namen**, sei es auch befugter Weise substituirt, also selbst als Kommittent und nicht blos im Namen [12]) seines Kommittenten eine Kommission ertheilt hat, so besteht kein direktes Vertragsverhältniss zwischen dem Kommittenten und dem Substituten; es liegen rücksichtlich eines und desselben Geschäftes zwei Kommissionsaufträge vor, der eine zwischen dem Kommittenten und Kommissionär, der andere zwischen dem Kommissionär und Substituten; Substitut und Kommittent des substituirenden Kommissionärs können gegeneinander nur die dem Kommissionär gegen den

---

[11]) Wie, wenn der Kommissionär seinem Substituten auf telegraphischem Wege den Auftrag ertheilt hat und das Telegramm bei dem letzteren mit verändertem Inhalt eingetroffen ist, an den sich der Substitut nun auch bei der Ausführung sorgfältig gehalten hat? Was das Verhältniss zwischen Kommissionär und Substituten betrifft, so hat, wenn den Substituten kein Verschulden trifft, der erstere den Schaden zu tragen; kann er aber, wenn ihn durchaus kein Verschulden trifft, verlangen, dass der Kommittent den Schaden auf seine Rechnung nehme? Allerdings; zwischen dem Kommittenten und dem substituirenden Kommissionär ist das Mandat perfekt geworden; der letztere hat Anspruch auf Ersatz eines Schadens, den er ohne die Ausführung des Auftrages sicher nicht erlitten hätte. Das aufgetragene Geschäft sollte für Gefahr und Rechnung des Kommittenten vollzogen werden; daher müssen auch die nachtheiligen Folgen des, statt des beabsichtigten, ohne Verschulden des Kommissionärs wirklich vollzogenen Geschäftes den Kommittenten treffen. Vgl. die interessanten Entsch. des Ob.App.G. Lübeck, Stadt.G und App.G. Frankfurt in Zeitschr. f. H.R. X Bd. S. 536—551.

[12]) Substituirt er im Namen seines Kommittenten, so liegt ein im Wege der Stellvertretung abgeschlossener Kommissionsvertrag mit allen Rechtswirkungen eines solchen zwischen dem Kommittenten und dem Substituten vor.

einen und anderen zustehenden Klagen nach erfolgter Abtretung, welche mit der Mandatsklage erzwungen werden kann, geltend machen. Der substituirende Kommissionär selbst, welcher seinem Kommittenten die Substitution und den Namen des Substituten bekannt gegeben, steht, wenn anders er bei der Substitution mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist, insbesondere die empfangenen Instruktionen getreu mitgetheilt hat, materiell der weiteren Ausführung der Kommission fremd gegenüber und haftet seinem Kommittenten nicht für den bei der Ausführung demselben durch ein Verschulden des Substituten zugefügten Schaden, ist ihm aber zur Abtretung der formell für ihn gegen den Substituten entstandenen Klagerechte verpflichtet; es verhält sich gerade so, als ob die dem substituirenden Kommissionär ertheilte Kommission von vornherein nur darauf gerichtet gewesen wäre, einem anderen Kommissionär die Kommission zu ertheilen; hat der Substitut den ihm von dem substituirenden Kommissionär gehörig mitgetheilten Auftrag pünktlich ausgeführt, so ist der Kommittent, wenn auch nicht direkt dem Substituten, sondern zunächst nur dem substituirenden Kommissionär gegenüber, gebunden, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen gelten zu lassen; der letztere hat die a⁰. mandati contr. auf Ersatz des Aufwandes u. s. w. (Art. 371), also auch der dem Substituten gezahlten Provision; denn der Auftrag ist übereinstimmend mit den von dem Kommittenten dem substituirenden Kommissionär gegebenen Instruktionen ausgeführt worden; nichts ist verändert als die Person, welche das Geschäft ausgeführt hat, und diese Veränderung ist ja der Voraussetzung gemäss, sei es vermöge Gestattung des Kommittenten, sei es ipso jure, jedenfalls auf Grund des Auftrages erfolgt.

Da der Kommissionär bei fakultativer Kommission berechtigt ist, von der strengen Ausführung des Auftrages nach seinem Ermessen, wenn es nur die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes mit sich bringt, abzuweichen, so darf er denselben auch durch den Substituten modifizirt ausführen lassen, doch haftet er selbstverständlich in Ansehung der Modifikation für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Der substituirende Kommissionär, der dem Substituten den Auftrag nicht so ertheilt, wie er ihn empfangen hat, z. B. die demonstrativ gestaltete Kommission in eine rein fakultative umgewandelt hat, ist sowohl gegenüber den Kommittenten (mittelst a⁰. mandati dir.) als auch gegenüber dem Substituten (mittelst a⁰. mandati contr.) haftbar.

3. Das **Limito.** Ist von dem Kommittenten der Preis (Kaufpreis, Frachtlohn, Prämie), zu welchem das aufgetragene Geschäft abgeschlossen werden soll, ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt worden, — **Limito** —[13]), so hat sich zwar der Kommissionär bei der Ausführung an diese Vorschrift zu halten, im Zweifel aber nur insoweit, als dies nicht mit dem Interesse des Kommittenten offenbar unvereinbar ist, also nur insoweit sie nicht in einer dem Kommittenten

---

[13]) Vgl. Eine eigenthümliche Art der Preislimitirung bei der Verkaufskommission in R.O.H.G. XIX Bd. Nr. 21 S. 70.

offenbar günstigen Richtung überschritten werden kann.[14]) Das von dem Kommittenten vorgeschriebene Limito hat demnach im Zweifel nur insofern einen **imperativen** Karakter, als eine Ueberschreitung desselben zum offenbaren Nachtheil des Kommittenten unzulässig ist, als es die Minimal- resp. Maximalgrenze enthält, unter welche hinab resp. über welche hinaus der Kommissionär nicht gehen darf[15]); im Uebrigen ist es aber blos **demonstrativer** Natur. Der Kommissionär gilt daher im Zweifel für berechtigt und verpflichtet, von dem Limito als einer blos demonstrativ angegebenen Instruktion in einer dem Kommittenten günstigen Richtung abzuweisen.

Wenn der Kommissionär das Limito zum Vortheile des Kommittenten überschreitet, z. B. theuerer verkauft und billiger einkauft als von dem Kommittenten vorgeschrieben, oder bei der Transportkommission einen billigeren Frachtlohn oder bei der Versicherungskommission eine billigere Prämie erlangt u. s. w., so liegt eine Verletzung des Auftrages nicht vor; denn es muss im Zweifel angenommen werden, dass eine solche Abweichung von der Vorschrift des Kommittenten der wahren Absicht desselben entspricht und dass die Zulässigkeit einer solchen Abweichung in dem Auftrage des Kommittenten stillschweigend gelegen sei. Der Kommissionär macht sich sogar verantwortlich, wenn er durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die im Limito von dem Kommittenten gesetzte Preisgrenze erreicht hat, obwohl er zu einem Preise hätte abschliessen können, welcher dem Kommittenten offenbar günstiger gewesen wäre. Es heisst nicht als ordentlicher Kaufmann handeln, wenn der Kommissionär die Konjunkturen des Marktes nicht wahrnimmt, die Preise der Gegenstände nicht kennt und die günstigeren Preisbedingungen, zu welchen das aufgetragene Geschäft hätte abgeschlossen werden können, im Interesse des Kommittenten zu erlangen versäumt. Allerdings hat der Kommittent den Preis bestimmt, aber diese Bestimmung muss im Zweifel so verstanden werden, als ob der Kommittent den stillschweigenden Vorbehalt gemacht hätte, dass der Kommissionär gehalten sein solle, wenn möglich, zu günstigeren Preisbedingungen zu kontrahiren, also z. B. billiger einzukaufen oder theuerer zu verkaufen als limitirt ist.[16])

---

[14]) Zuweilen ist das Limito **imperativ** gewollt; der Kommittent kann aus gewissen Gründen wollen, dass das Limito streng eingehalten, dass z. B. nicht theurer verkauft oder nicht billiger eingekauft werde, als von ihm limitirt worden, etwa weil er die Absicht hat, einen gewissen Preis auf dem Markte hervorzurufen oder zu halten, oder um nicht gegen einen vorübergehenden Gewinn einen viel grösseren Schaden zu erleiden, dadurch z. B., dass der Absatz der Waare schwieriger gestaltet, ja dauernd eingeschränkt, die Kundschaft vermindert wird, u. s. w. Die Absicht des Kommittenten, dass das Limito imperativen Karakter haben solle, daher streng eingehalten werde, müsste insbesondere erklärt werden.

[15]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 61 S. 187, 188.

[16]) Zuweilen erklärt der Kommittent trotz der Bestimmung eines Preis-Limito ausdrücklich, dass er sich in Beziehung auf alles dasjenige, was der Zustand des Marktes etwa nothwendig machen werde, also auch rücksichtlich des Preises, auf die Klugheit des Kommissionärs verlasse.

Während die Abweichung von dem Limito in der dem Kommittenten günstigen Richtung als zum offenbaren Vortheil des Kommittenten gereichend, die Ausführung der Kommission in der Regel als tadellos erscheinen lässt, begründet jede Abweichung in der entgegengesetzten Richtung die Verantwortlichkeit des Kommissionärs.

Hat der Kommittent über den Preis, zu dem das aufgetragene Geschäft abgeschlossen werden soll, keine Bestimmung getroffen, ist also die Kommission in diesem Punkte fakultativ gestaltet, so macht sich der Kommissionär nicht verantwortlich, wenn er bei der Preisbestimmung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist.

4. **Die Kreditgewährung.** Der Kommissionär ist ohne spezielle (ausdrückliche oder stillschweigende) Gestattung des Kommittenten nicht befugt, einem Dritten Vorschüsse zu geben oder Kredit zu gewähren (Art. 369 Abs. 1).[17]) Eine stillschweigende Gestattung liegt insbesondere dann vor, wenn der Kommissionär gemäss Vereinbarung mit dem Kommittenten das del credere-stehen übernommen hat, oder wenn der Kommissionär bei bestehender Geschäftsverbindung mit dem Kommittenten in ähnlichen Präzedenzfällen wiederholt Kredit zu gewähren und Vorschuss zu machen pflegte, ohne dass der Kommittent dagegen Einspruch erhoben hätte. Der Kommissionär macht sich auch dann verantwortlich, wenn er bei der unbefugten Kreditgewährung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat; denn das Gesetz hat das Recht zur Kreditertheilung und Vorschussgewährung aus dem Kreise der dem Kommissionär durch den Kommissionsvertrag gegebenen Befugnisse überhaupt ausgeschieden.[18]) Hat der Kommittent ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, Vorschuss zu geben oder Kredit zu gewähren, so macht sich der Kommissionär verantwortlich,[19]) wenn er sich nicht genau an die von dem Kommittenten in Beziehung auf die Modalitäten der gestatteten Kreditgewährung ertheilten Vorschriften gehalten, z. B. in Beziehung auf den Zeitraum der Kreditgewährung u. s. w., und überhaupt, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vernachlässigt, also etwa Personen Kredit gewährt hat, welche rücksichtlich ihrer Zahlungsfähigkeit das Zutrauen des kaufmännischen Publikums nicht genossen haben, oder gar notorisch in keinem guten Kredit gestanden sind u. s. w.

Gewährt der Kommissionär Kredit, ohne dass es ihm von dem Kommittenten ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist, oder nicht so, wie es ihm vorgeschrieben ist, so handelt er, da er auch nicht ipso jure dazu berechtigt ist, nicht als Kommissionär, sondern ohne Auftrag. Hat der Kommittent die Kreditgewährung nicht nur nicht (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet, sondern sogar verboten, oder hat der Kommissionär die von dem Kommittenten gegebenen imperativen Vorschriften rücksichtlich der Modalitäten der befugten

---

[17]) Ungar. H.G.B. § 375 Abs. 1.

[18]) Etwas besonderes gilt bei der Verkaufs-Kommission.

[19]) Vgl. Entsch. des öst. oberst. Ghf. v. 4. März 1859 in Glaser-Unger-Walther II Nr. 784.

Kreditgewährung nicht beobachtet, so ist er dem Kommittenten verantwortlich. Etwas besonderes gilt aber bei der Verkaufskommission (s. unten).

5. **Der Ort der Ausführung.** Hat der Kommittent rücksichtlich des Ortes der Ausführung der Kommission nichts bestimmt, so steht es dem Kommissionär frei, den Ort der Ausführung nach seinem durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleiteten Ermessen zu wählen. Im Zweifel ist aber die Annahme gerechtfertigt, dass es der Wille des Kommittenten sei, dass der Kommissionär das Geschäft an dem Orte seiner Niederlassung auszuführen (arg. Art. 370 H.G.B.), dass also dieser Ort als der Ort der Ausführung zu gelten habe; denn das von dem Kommittenten dem Kommissionär geschenkte Vertrauen steht in der Regel in einem besonderen inneren Zusammenhang zu dem Orte der Niederlassung des Kommissionärs, so dass es dem Kommittenten an und für sich nicht gleichgiltig sein kann, ob die Ausführung an diesem oder an einem anderen Orte erfolgt. An dem Orte der Niederlassung wird der Kommissionär muthmaasslich am besten bekannt sein und besonderes Vertrauen geniessen; hier wird er in der Regel den Geschäftsverkehr und die Handelsgebräuche am genauesten kennen, die Bezugs- und Absatzquellen, die Geschicklichkeit der Arbeiter am richtigsten beurtheilen, er dürfte daher überhaupt im Stande sein, am Orte seiner Niederlassung bessere Bedingungen zu erzielen, als anderswo. Hat der Kommissionär den Auftrag an einem anderen Orte ausgeführt, so ist er schadenersatzpflichtig, wenn er nicht beweisen kann, dass er nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände als ordentlicher Kaufmann die Ueberzeugung hegen durfte, dass die Ausführung an diesem anderen Orte dem Willen des Kommittenten entspreche.

6. **Die Zeit der Ausführung.** Hat der Kommittent rücksichtlich der Zeit der Ausführung nichts bestimmt, so steht es dem Kommissionär frei nach seinem Ermessen den Zeitpunkt der Ausführung zu wählen. Seine kaufmännische Geschicklichkeit zeigt sich gerade darin, dass er es versteht, die Bewegungen des Handelsverkehrs sorgfältig zu beobachten, die günstige Gelegenheit für den Abschluss des Geschäftes zu erspähen, sie rasch zu ergreifen und aus den Konjunkturen zu Gunsten des Kommittenten Vortheil zu ziehen. Der Kommissionär ist aber verpflichtet, das Geschäft bei der **ersten** sich darbietenden, günstigen Gelegenheit, insoferne also so bald als möglich, ohne Aufschub, sofort auszuführen; denn das freie Ermessen des Kommissionärs in der Wahl des Zeitpunktes hat auch hier seine natürliche Grenze in der Pflicht des Kommissionärs, den Vortheil des Kommittenten mit der Sorgfalt eines durch verständige Vorsicht geleiteten ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Im Handelsverkehre aber, wo es so sehr auf Schnelligkeit des Handelns ankommt, darf der Abschluss eines Handelsgeschäftes nicht in das Ungewisse hinausgeschoben werden. Das Geschäft, welches, heute ausgeführt, dem Kommittenten Gewinn gebracht hätte, kann, morgen ausgeführt, Verlust zur Folge haben; auch ist es ja leicht möglich, dass sich die einmal verlorene Gelegenheit zum Abschluss überhaupt nicht mehr wiederfindet, daher erscheint der Kommissionär verpflichtet, **ohne Verzug** sofort zu handeln, sobald die Sachlage so beschaffen ist, dass das wohlerwogene Interesse des Kommittenten einem ordentlichen Kaufmann den günstigen Augen-

blick für die Ausführung des aufgetragenen Geschäftes als gekommen und nicht mehr als räthlich erscheinen lässt, mit der Ausführung des Auftrages zu warten. Der Kommissionär macht sich daher verantwortlich, wenn er durch die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes den ersten günstigen Augenblick für den Abschluss des aufgetragenen Geschäftes unbenutzt vorübergehen liess. Der Kommissionär ist genöthigt, seinen Entschluss auf Grund der derzeitigen Eindrücke momentan zu fassen, daher ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass er über die Opportunität des Zeitpunktes in diesem Augenblick geirrt hat. Eine Pflichtverletzung kann ihm nur dann zum Vorwurf gemacht werden, wenn er diesen Irrthum durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes hätte vermeiden können. Bei der rechtlichen Beurtheilung des Verhaltens des Kommissionärs ist nicht auf den Erfolg zu sehen; seine Diligenz in der Pflichterfüllung kann ihm selbstverständlich nicht schaden, auch wenn sich hinterher zeigen sollte, dass es vortheilhafter gewesen wäre, mit der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes zu warten, da später ein noch günstigerer Zeitpunkt für den Abschluss desselben gekommen wäre. —

7. **Die Anzeigepflicht.** Hat der Kommittent in Beziehung auf die Anzeigepflicht des Kommissionärs nichts bestimmt, so ist der Kommissionär kraft Rechtsnothwendigkeit (Art. 361 H.G.B.) [20]) verpflichtet, dem Kommittenten rücksichtlich des aufgetragenen Geschäftes alle jene Nachrichten zu geben, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erscheinen. Unter den „erforderlichen Nachrichten“ (Art. 361 H.G.B.) sind zunächst alle jene Nachrichten zu verstehen, welche dem Kommissionär vor und während der Ausführung des Auftrages bekannt werden, wenn deren Kenntniss nach der durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bestimmten Einsicht des Kommissionärs dem Kommittenten von Nutzen zu sein und sein weiteres Verhalten zu beeinflussen vermöchte. Der Kommittent hat in seinen Handelsoperationen um so mehr Aussicht auf Erfolg, je schneller und besser er unterrichtet ist. Der Kommissionär, welcher diese Nachrichten. so wie er sie empfangen, bona fide und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gemacht hat, haftet nicht für die Richtigkeit derselben. Zu den erforderlichen Nachrichten gehört insbesondere auch nach der vollzogenen Ausführung die sofortige, d. h. die ohne Aufschub, soweit dieser nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gerechtfertigt werden kann, gemachte Anzeige des Vollzuges. Diese letztere Anzeige ist besonders dazu geeignet, das weitere Verhalten des Kommittenten zu beeinflussen. Der Kommittent kann, so lange er diese Anzeige nicht erhalten hat, nicht mit Sicherheit Verfügungen treffen; die Pflicht zur Anzeige dieses Umstandes ist ein Korollar des Grundsatzes, dass es dem Kommittenten frei steht re integra bis zur Ausführung des Geschäftes die Kommission zu modifiziren und zu widerrufen. Zur wirksamen Geltendmachung dieses Rechtes muss der Kommittent in der Lage sein, auf Pünktlichkeit des Kommissionärs in der Erfüllung seiner Anzeigepflicht gerade rücksichtlich dieses Umstandes rechnen

[20]) Ebenso ungar. H.G.B. § 369.

zu können; er ist berechtigt von der Annahme auszugehen, dass der Kommissionär den Geschäftsabschluss noch nicht für opportun erachtet und desshalb unterlassen habe, dass also der Auftrag noch nicht ausgeführt worden sei, wenn ihm die erfolgte Ausführung nicht innerhalb einer den Umständen angemessenen Zeit vom Kommissionär angezeigt worden ist. Der Kommittent, an den die Anzeige des Vollzuges nicht gelangt ist, ist nicht verpflichtet sich bei dem Kommissionär zu erkundigen; der letztere muss unaufgefordert die Anzeige erstatten und zwar alsbald nach der Ausführung des Auftrages.[21]) Die Anzeige des Kommissionärs, das Geschäft so wie es ihm aufgetragen worden, ausführen zu wollen, steht nicht gleich der Anzeige der wirklich erfolgten Ausführung und kann die letztere demnach nicht ersetzen.[22]) Hat der Kommissionär seine Anzeigepflicht gar nicht, oder nicht gehörig, insbesondere verspätet, erfüllt, so ist der Kommittent berechtigt, den Ersatz des ihm zugefügten Schadens zu verlangen.

Die vertrags- und auftragswidrige Ausführung. Die Verpflichtungen des Kommissionärs rücksichtlich der Ausführung der Kommission werden zunächst durch die gegenseitige, ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Willenseinigung des Kommittenten und des Kommissionärs bestimmt; der Kommittent ist es, welcher in dem Antrage zum Abschlusse des Kommissionsvertrags seiner inneren Willensbestimmung gemäss dem Inhalt dieser Verpflichtungen durch imperative oder demonstrative Instruktionen, also durch seine **Willenserklärung** feststellt; der Kommissionär übernimmt den Auftrag und erklärt dadurch mit obligirender Wirkung seinen Willen, die durch die Instruktionen des Kommittenten, welche den Inhalt des übernommenen Auftrages gestalten, begründeten Verpflichtungen zu erfüllen. Insoweit eine solche besondere, ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung rücksichtlich der Verpflichtungen des Kommissionärs nicht stattgefunden hat, wollen beide Theile die Rechtssätze walten lassen, durch welche der Inhalt des Kommissionsvertrages, wie überhaupt eines jeden Rechtsgeschäftes, bestimmt wird, oder sie gelten als so wollend.[23]) Die dispositiven Bestimmungen der Rechtsordnung, welche in genereller Weise vorherbestimmt, dass dem Kommissionär mannigfache Pflichten mit Bezug auf die Ausführung der Kommission und zwar vor, während und nach der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes (so Art. 365, 367 H.G.B.) obliegen, treten ein, sobald die Parteien durch ihren ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Vertragswillen dieselben nicht ausgeschlossen oder modifizirt haben.

Diese schon durch das **Gesetz** begründeten Pflichten des Kommissionärs stehen mit denjenigen Verpflichtungen, welche durch die, sei es auch nur **stillschweigend** ertheilten Instruktionen des Kommittenten und die entsprechende, zwar nicht ausdrücklich erklärte, aber immer wirklich und deutlich erklärte Willenseinigung der Kontrahenten festgestellt werden, also auf Grund einer Willensbethätigung der Parteien in das Dasein zu treten haben, nicht auf einer

[21]) R.O.H.G. Bd. 18 Nr. 85 S. 313 Bd. 22 Nr. 41.
[22]) R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 19 S. 43.
[23]) Vgl. Laband in Zeitschr. f. H.R. XVII. Bd. S. 496.

Linie; es kommt auf den **Willen** des Kommissionärs sie zu übernehmen ebenso wenig an, wie auf den Willen des Kommittenten sie aufzuerlegen. Ihr Eintritt ist unabhängig davon, ob sich die Parteien diese an den Kommissionsvertrag durch das Recht selbst geknüpften Rechtsfolgen als solche in ihrem Bewusstsein vorgestellt oder gewollt haben, ob sie sich denselben überhaupt unterwerfen wollten oder nicht.

Die Ausführung der Kommission kann nach diesen beiden Richtungen hin eine **vertragswidrige** im weiteren Sinne sein, sei es dass der Kommissionär seine durch die ausdrücklich oder **stillschweigend** ertheilten, imperativen oder demonstrativen Instruktionen des Kommittenten bestimmten Verpflichtungen oder dass er seine schon durch das Gesetz in Beziehung auf die Ausführung des Auftrages generell vorgezeichneten Pflichten verletzt hat. Aber nur im ersteren Falle, soweit die Ausführung dem durch die **Willenserklärung** bestimmten, dem gewollten Inhalt des Kommissionsvertrages widerspricht, liegt eine **auftragswidrige** Ausführung im eigentlichen Sinne (contra mandatum, excessus mandati) vor; denn der Kommissionär unterlässt es gemäss dem durch die imperativen oder demonstrativen Instruktionen gestalteten Inhalt des Auftrages, welcher durch die gegenseitige, ausdrücklich oder **stillschweigend** erklärte Willenseinigung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär vereinbart worden ist (lex contractus) zu handeln; er erlaubt sich über den in den Instruktionen zunächst durch den maassgebenden Willen des Kommittenten gestalteten Auftrag sich hinwegzusetzen und seinen Einzelwillen an Stelle des im übernommenen Auftrage gegenseitig vereinten Willens zu substituiren. Im letzteren Falle aber, soferne die Ausführung blos dem durch Rechtssätze bestimmten Inhalt des Kommissionsvertrages nicht entspricht, verstösst die Ausführung zwar unmittelbar gegen die objektive Rechtsnorm, welche der Verbindlichkeit des Kommissionärs rücksichtlich der Ausführung des Auftrages eine durch die Verkehrsbestimmung des Kommissionsverhältnisses gebotene feste Gestalt vorgezeichnet hat, sie verletzt das Vertragsrecht des Kommittenten, wie es durch das objektive Recht normirt ist, sie ist daher **vertragswidrig**, sie ist aber nicht **auftragswidrig**, insoferne der Auftrag zunächst doch nur durch den in den Instruktionen ausgesprochenen, maassgebenden Willen des Kommittenten seine Gestalt gewinnt. Jede auftragswidrige Ausführung ist demnach zugleich vertragswidrig, aber nicht jede vertragswidrige Ausführung ist zugleich auch auftragswidrig.

Für den Fall der **auftragswidrigen** Ausführung, wenn „der Kommissionär nicht gemäss dem **übernommenen** Auftrag handelt", sind im Gesetze (Art. 362 H.G.B.) kumulativ zwei Rechte des Kommittenten anerkannt, sowohl das Recht das vom Kommissionär mit Verletzung des übernommenen Auftrages für Rechnung des Kommittenten abgeschlossene Handelsgeschäft für eigene Rechnung des Kommissionärs zu lassen, als auch das Recht Schadenersatz zu verlangen. Es würde entschieden gegen den Geist des Gesetzes und gegen die Bedürfnisse des Handelsverkehrs verstossen, wenn man dem Kommittenten das Recht zuerkennen wollte, in jedem Falle einer **vertragswidrigen** Ausführung im weiteren Sinne, also wegen jeder Verletzung der dem Kommissionär aus dem Kommissionsver-

trage obliegenden Verbindlichkeiten von dem Kommissionsvertrage überhaupt zurückzutreten und sich von dem für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäfte ganz loszusagen.

Das Rücktrittsrecht des Kommittenten ist vielmehr prinzipiell nur auf die **auftragswidrige** Ausführung im eigentlichen Sinne einzuschränken. Auftragswidrig in diesem Sinne handelt aber der Kommissionär stets, wenn er bei der Ausführung die von dem Kommittenten ausdrücklich oder **stillschweigend** ertheilten, **imperativ** gewollten Instruktionen, nicht beobachtet, also diesseits oder jenseits der von dem Kommittenten strikte vorgeschriebenen Grenzen handelt; ferner wenn er bei der Ausführung die von dem Kommittenten ausdrücklich oder **stillschweigend** ertheilten **demonstrativ** gewollten Instruktionen nicht beobachtet, ohne dass die beiden oben erwähnten Voraussetzungen einer gerechtfertigten Abweichung vorhanden waren, ohne dass also die Abweichung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erschien und dass andere Instruktionen von Seite des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten. [24])

In beiden Fällen hat der Kommissionär nicht als Beauftragter gehandelt, er hat vielmehr ein Geschäft abgeschlossen, das ihm der Kommittent gar nicht aufgetragen, ja sogar verboten hat, denn in den von dem Kommittenten ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten imperativen oder demonstrativen Instruktionen ist zugleich stets das Verbot enthalten, etwas zu thun, was gegen dieselben geschehen würde, und zwar bei der imperativen Instruktion ein unbedingtes Verbot dieses Inhalts, bei der demonstrativen Instruktion ein bedingtes Verbot, bedingt dadurch, dass die Abweichung nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erscheinen würde und dass andere Instruktionen von Seiten des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden könnten. Das unbedingte, resp. bedingte Verbot des Kommittenten das Geschäft anders auszuführen, als von ihm imperativ resp. demonstrativ vorgeschrieben worden ist, bildet aber den geraden Gegensatz zu einem Auftrage. Der Kommissionär, der sich um dieses Verbot nicht kümmert, führt nicht das aufgetragene Geschäft, sondern ein von demselben wesentlich verschiedenes Geschäft aus; er handelt nicht gemäss dem Auftrage, nicht gemäss dem Willen des Kommittenten, er trotzt vielmehr dem ausgesprochenen Willen des letzteren, er maasst sich das Recht an, das Hinderniss, welches sich der von ihm beabsichtigten Maassregel in Gestalt der Instruktion in den Weg stellte, dessen Beseitigung dem Kommittenten allein zusteht, eigenmächtig aus dem Wege zu räumen, und glaubt die Interessen des Kommittenten besser beurtheilen zu können, als dieser selbst. Der Kommittent ist daher berechtigt, das gegen die imperative Instruktion abgeschlossene Rechtsgeschäft jedenfalls, das gegen die demonstrative Instruktion abgeschlossene Rechtsgeschäft unter gewissen Voraussetzungen, als ein auftragswidriges, ja als ein von ihm verbotenes Geschäft zurückzuweisen.

---

[24]) Ausnahmen von der Regel sind im Art. 363, 364 H.G.B. im Interesse des Kommittenten rücksichtlich des Limito und in Art. 369 H.G.B. rücksichtlich der Kreditgewährung bei der Verkaufskommission anerkannt.

Dagegen verpflichtet die blos vertragswidrige, aber nicht eigentlich auftragswidrige Ausführung den Kommissionär nur zur Leistung des Interesses wegen der durch ihn verschuldeten Benachtheiligung des Kommittenten.[25] Eine blos vertragswidrige Ausführung in diesem Sinne liegt dann vor, wenn der Kommissionär von den vom Kommittenten ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten, lediglich **demonstrativ** gewollten Instruktionen zwar berechtigter Weise abgewichen ist, in diesem berechtigten, selbständigen Vorgehen aber nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat; eine blos vertragswidrige Ausführung liegt umsomehr bei einer blos fakultativ gestalteten, ohne Instruktion ertheilten Kommission vor, wenn der Kommissionär bei der Ausführung derselben nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat. In beiden Fällen hat der Kommissionär blos von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch gemacht, in Beziehung auf die durch den Auftrag nicht näher normirten Punkte den muthmaasslichen Willen des Kommittenten zu erforschen, so dass er auf Grund des Auftrages und innerhalb der Grenzen desselben gehandelt hat, wenn auch seine Willensbestimmung in Beziehung auf jene Punkte **neben** dem Auftrage erfolgen musste. Hat er dabei die ihm nach dem Gesetze obliegende Pflicht, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorzugehen, verletzt, so hat er zwar das aufgetragene Geschäft schlecht ausgeführt, er hat aber eben doch das ihm wirklich aufgetragene Geschäft und kein anderes ausgeführt; der Wille des Kommissionärs war durch keine ihm von dem Kommittenten vorgezeichneten Normen gebunden; er hat daher nicht dem ausgesprochenen Willen des Kommittenten Trotz geboten, er hat nicht contra mandatum gehandelt. Der Kommittent ist daher nur berechtigt, den Ersatz des ihm von dem Kommissionär verschuldeter Weise zugefügten Nachtheiles zu verlangen.[26]

So aufgefasst entspricht die Bestimmung des Art. 362 H.G.B. den besondern Bedürfnissen des Handelsverkehrs, der dabei gewiss nicht zu gewinnen hat, wenn man dem Kommittenten gestattet, sich in **jedem** Falle, wann immer der Kommissionär vertragswidrig gehandelt hat, von dem für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäfte loszusagen, in dessen Interesse es aber wohl gelegen ist, dass man dem Kommittenten das Recht zuerkennt, ein Geschäft zurückzuweisen, welches der Kommissionär unter willkürlicher Ueberschreitung der Schranken, die von dem Kommittenten in den ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten, imperativ oder demonstrativ gewollten Instruktionen gezogen sind, abzuschliessen für gut fand.

---

[25]) So in Art. 365, 367 H.G.B. (ebenso §§ 371, 373 ungar. H.G.B.) anerkannt.

[26]) Vermag der Kommittent darzuthun, dass das ihm vom Kommissionär zu leistende Interesse wegen der besonderen Umstände des gegebenen Falles mit der gänzlichen Lossagung vom Vertrage zusammenfalle, weil eben durch das schuldhafte, vertragswidrige Verhalten des Kommissionärs die Ausführung der Kommission allen Werth für den Kommittenten verloren habe, so braucht er nicht das Geschäft als für seine Rechnung abgeschlossen gelten zu lassen; in der That fehlt es dann an jedem wirthschaftlichen Zusammenhang zwischen dem ausgeführten und dem aufgetragenen Geschäft, so dass man sagen muss, es seien zwei verschiedene Geschäfte in Frage. Vgl. R.O.H.G. Bd. 22 Nr. 41.

Würde einerseits der Kommissionär in jedem Falle vertragswidrigen Handelns die Zurückweisung des für Rechnung des Kommittenten abgeschlossenen Geschäftes gewärtigen müssen, so würde kaum jemand wagen können eine Kommission zu übernehmen. Hätte andererseits der Kommittent keine genügende Garantie dafür, dass der Kommissionär seinen in den Instruktionen ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochenen Willen respektiren werde. so würde er es in den meisten Fällen vorziehen, anstatt eine Kommission zu ertheilen, das aufgetragene Geschäft selbst auszuführen. Beide Extreme widersprechen der Verkehrsbestimmung des Kommissionsverhältnisses; sie werden aber durch die hier vertretene Auffassung des Art. 362 H.G.B. vermieden.

Auch der Wortlaut des Art. 236 H.G.B. kann für die hier vertretene Auffassung verwerthet werden; im Art. 362 sind die beiden Rechte des Kommittenten kumulativ für den Fall anerkannt. dass „der Kommissionär nicht gemäss dem übernommenen Auftrag handelt“. Wie sich aus den Protokollen (S. 1187, 1188) ergibt, soll das Wort „übernommen“ dasselbe bedeuten, wie das Wort „erhalten“; die Substituirung des eines Wortes an Stelle des anderen wurde lediglich als eine redaktionelle Aenderung betrachtet. Der Kommissionär hat aber eigentlich nur denjenigen Theil des Auftrages erhalten, resp. übernommen, dessen Inhalt der Kommittent ausdrücklich oder stillschweigend durch imperative oder demonstrative Instruktionen bestimmt, rücksichtlich dessen eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung der Parteien stattgefunden hat, in jenen Bestandtheilen aber, welche unabhängig von dem Willen des Kommittenten. nicht in Auslegung sondern in Ergänzung seines Willens durch dispositive Rechtsnormen ihre Gestalt gewinnen, hat der Kommittent den Auftrag nicht ertheilt und der Kommissionär nicht erhalten, resp. übernommen. Dass die Worte „gemäss dem übernommenen Auftrag“ im Art. 362 nur in dieser engeren Bedeutung aufzufassen seien, ergibt sich auch aus dem Gegensatze zu dem vorausgehenden Art. 361. Hier heisst es: „Der Kommissionär hat das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Kommittenten **gemäss dem Auftrage** auszuführen, d. h. nicht blos gemäss dem Auftrage, soweit er durch den ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochenen Willen des Kommittenten in imperativer oder demonstrativer Instruktion bestimmt und von dem Kommissionär übernommen worden ist, sondern auch gemäss dem Auftrage, soweit er unabhängig von dem Willen der Kontrahenten durch das objektive Recht normirt erscheint.

Die engere Bedeutung der Worte „gemäss dem übernommenen Auftrag“ ergibt sich ferner aus Art. 370 Abs. 1 H.G.B. Der Kommissionär steht für die Zahlung oder für die anderweitige Verbindlichkeit seines Kontrahenten ein, wenn dieses von ihm **übernommen** oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist. Das Gesetz stellt also das stare del credere in Folge des Handelsgebrauches als Gegensatz hin zu dem **übernommenen** stare del credere. Der Kommissionär steht demnach in Folge des Handelsgebrauches del credere, obwohl er das del credere **nicht übernommen** hat. Weigert er sich im letzteren Falle auf die Aufforderung des Kommittenten hin die Verbindlichkeit seines Kontra-

henten dem handelsgebräuchlichen stare del credere entsprechend zu erfüllen, so kann man von einem solchen Kommissionär deshalb nicht sagen, dass er nicht dem **übernommenen** Auftrage gemäss handle, denn diesen Bestandtheil des Auftrages hat er ja nicht übernommen, der Kommittent ist daher desshalb allein nicht berechtigt das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen.

In den Fällen auftragswidriger Ausführung, in welchen der Kommittent das Recht hat, das Geschäft zurückzuweisen, ist er auch kumulativ berechtigt, den Ersatz des ihm durch die verschuldete, auftragswidrige Ausführung zugefügten Schadens zu verlangen, in den Fällen blos vertragswidriger, nicht auftragswidriger Ausführung ist der Kommittent lediglich berechtigt, den Ersatz des ihm durch die Vertragswidrigkeit zugefügten Schadens zu verlangen, er ist aber nicht berechtigt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückzuweisen.[27])

Die Beweislast bei der vertrags- und auftragswidrigen Ausführung. Wenn der Kommittent im Streite mit dem Kommissionär behauptet, dass dieser nicht dem Auftrage gemäss gehandelt, dadurch aber den Nichterfolg oder Misserfolg des aufgetragenen Geschäftes verschuldet habe und demnach Schadenersatz verlangt, so vermag sich der Kommissionär gegen diese Schadenersatzklage zu schützen, wenn er bei einer Kommission mit **imperativen** oder **demonstrativen** Instruktionen behaupten resp. beweisen kann, dass er **den Instruktionen gemäss**

[27]) Zustimmend v. Hahn zu Art. 362 § 2, Dreyer l. c. S. 480; anderer Ansicht Löwenfeld in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXVI S. 343 ff., der in seinen Ausführungen unerklärlicher Weise von der irrthümlichen Anschauung ausgeht, als ob ich blos eine ausdrückliche, nicht auch eine stillschweigende Ertheilung der imperativen oder demonstrativen Instruktionen für zulässig hielte; er versucht meine Ansicht durch die Ausführung des folgenden Rechtsfalls zu widerlegen. „Gibt Jemand z. B. einem Bankier den Auftrag, ihm ein gewisses Quantum bestimmter Eisenbahnobligationen, die nach dem betreffenden Privileg durch Verloosung dergestalt amortisirbar sind, dass die ausgeloosten Stücke von einem festgesetzten Zeitpunkte an nicht mehr verzinst werden, zu kaufen, so wird es ihm gewiss nicht einfallen noch besonders hinzuzufügen, dass er keine ausgeloosten Stücke wünsche, und dennoch wäre, wenn der Kommissionär lauter ausgelooste Stücke gekauft hätte, der Kommittent unbedingt nicht verpflichtet, den Kauf für seine Rechnung gelten zu lassen; denn der ganze Zweck, den er mit der Erwerbung eines zinstragenden Papiers erstrebt hätte, wäre bei dieser Art der Ausführung unerreichbar." Auf einer seltsamen Verkennung meiner Auffassung beruht es nun, wenn Löwenfeld hinzufügt, dass ich einen solchen Kommittenten für verpflichtet halte, die bezeichnete Art der Ausführung dennoch für sich gelten zu lassen, wenn in dem Auftrage die Erwerbung ausgelooster Stücke nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Ganz im Gegentheil; ein solcher Kommittent ist nach meiner Ansicht zweifellos zur Zurückweisung des Geschäfts berechtigt; der Kommissionär musste als sorgfältiger Kaufmann wissen, dass der Auftrag nach der maassgebenden Absicht des Kommittenten nur auf den Ankauf nicht ausgelooster — ebenso wie z. B. nicht amortisirter (vgl. R.O.H.G. Bd. V Nr. 52) — Werthpapiere gerichtet war, mag auch in dieser Beziehung von Kommittenten nichts gesagt worden sein (vgl. R.G. Bd. I Nr. 205); es liegt daher insoweit eine stillschweigend ertheilte imperative Instruktion vor, deren Ausserachtlassung zur Folge hat, dass es an der Identität des aufgetragenen mit dem ausgeführten Geschäfte fehlt, daher das letztere vom Kommittenten nicht anerkannt zu werden braucht. Ueber die Fälle der negotiorum gestio des Kommissionärs und über die Genehmigung des Kommittenten s. Grünhut S. 180—208.

gehandelt habe; denn dies genügt zunächst um darzuthun, dass der ungünstige Ausgang der Angelegenheit nicht einem von ihm begangenen Verschulden beizumessen sei; ihm gegenüber müsste der Beweis von solchen Umständen erbracht werden, aus denen hervorginge, dass seine Sorgfalt hinter der eines ordentlichen Kaufmannes zurückgeblieben sei, dass er bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte erkennen müssen, dass die anscheinend imperativ gewollte Instruktion im gegebenen Falle blos demonstrative Bedeutung haben sollte, dass er, anstatt den blos **demonstrativ** gewollten Instruktionen sklavisch zu folgen, als sorgfältiger Kaufmann neue Instruktionen hätte einholen, resp. die Dringlichkeit des Falles erkennen und selbständig einen andern Modus der Ausführung wählen sollen, mittelst dessen die Operation zum erfolgreichen Ende geführt worden wäre, und dass das Nichteinschlagen dieses andern Verfahrens auf einem Verschulden des Kommissionärs beruhe.

Ist der Kommissionär von den Instruktionen des Kommittenten abgewichen, hat er also das aufgetragene Geschäft überhaupt nicht oder nicht so, wie es von dem Kommittenten vorgeschrieben war, ausgeführt, so muss er, um sich gegenüber der Schadenersatzklage des Kommittenten zu schützen, behaupten, resp. beweisen können, bei **imperativen** Instruktionen, dass die instruktionsgemässe Ausführung des aufgetragenen Geschäftes ohne sein Verschulden verhindert worden sei und dass eine Einholung neuer Instruktionen nicht mehr rechtzeitig erfolgen konnte, bei **demonstrativen** Instruktionen ausserdem noch, dass die Abweichung von den ertheilten Instruktionen im gegebenen Falle durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten war, z. B. weil der Kommissionär sonst das Geschäft zum Nachtheil des Kommittenten hätte unterlassen müssen, obwohl er dessen Interesse durch Modifikationen in der Ausführung wahren zu können glaubte, oder weil die instruktionsgemässe Ausführung offenbar Schaden nach sich gezogen hätte, resp. dass das zum Nachtheil des Kommittenten ausgefallene Ergebniss des in Abweichung von den demonstrativen Instruktionen ausgeführten Geschäftes einem von seiner Seite verschuldeten Mangel an Sorgfalt nicht beizumessen sei.

Bei der **fakultativen** Kommission hat der Kommissionär gegenüber der Schadenersatzklage wegen **Nichtausführung** der Kommission zu behaupten, resp. zu beweisen, dass ihm in dieser Beziehung ein Verschulden nicht zur Last falle; gegenüber der Schadenersatzklage wegen vertragswidriger Ausführung, dass er bei der Ausführung des Auftrages alles gethan habe, was durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, um einen solchen Auftrag auszuführen, geboten gewesen sei; der Kommisionär muss also die auftragsmässige Ausführung des Geschäftes resp. die Gründe darlegen, welche diese Ausführung ohne seine Schuld verhindert haben; er hat darzulegen, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes alles gethan habe, was in solchem Falle im Geschäftsverkehre in der Regel geschieht, um dem Kommittenten die Erreichung des Zweckes zu ermöglichen, mag auch der Erfolg ausgeblieben sein. [28]) Da aber der Kommittent

---

[28]) R.O.H.G. Bd. 22 Nr. 41.

bei der fakultativen Kommission die Beurtheilung dessen, was seinem Interesse entspricht, dem Ermessen des Kommissionärs anheimgestellt hat, so liegt, so lange der Kommittent nur ganz allgemein verneint, dass der Kommissionär bei der Ausführung des Auftrages mit der gehörigen Sorgfalt vorgegangen sei, kein Grund vor, von dem Kommissionär, der eben nach seinem eigenen Ermessen zu handeln hatte, eine besondere Rechtfertigung des gerade von ihm gewählten Modus der Ausführung zu verlangen; es ist vielmehr die Aufgabe des Kommittenten, specielle Beschwerden gegen das Verhalten des Kommissionärs vorzubringen, denen gegenüber dann der Kommissionär die Pflicht hat, sein Benehmen als das eines ordentlichen Kaufmannes besonders zu rechtfertigen. Der Kommittent muss also behaupten, dass ein bestimmtes anderes Verfahren wohl einzuschlagen möglich und nur durch das Verschulden des Kommissionärs, der es eben darin an der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes habe fehlen lassen, versäumt worden sei [29]); oder dass der Kommissionär etwas unterlassen habe, was er als ordentlicher Kaufmann zu thun die Pflicht gehabt hätte.

Dem Kommittenten liegt es ob, den ihm direkt oder indirekt, je nachdem er in eigenem oder fremdem Interesse den Auftrag ertheilt hat, [30]) durch das Verschulden des Kommissionärs zugefügten Nachtheil darzulegen, und den Kausalnexus zwischen demselben und dem Verschulden des Kommissionärs speziell und thatsächlich zu begründen. [31]) Der Kommissionär haftet nur für denjenigen dem Kommittenten erwachsenen Nachtheil, welcher nach dem Ermessen des Richters sicher und bestimmt als die Folge der von ihm verschuldeten Nichtausführung oder der auftrags- oder vertragswidrigen Ausführung der Kommission festgestellt werden kann, nicht aber für denjenigen Nachtheil, welcher zwar aus Anlass und bei Gelegenheit des Verschuldens des Kommissionärs entstanden ist, mit diesem Verschulden aber in keiner Kausalverbindung steht, sondern als eine sehr entfernte, ganz unerwartete, von dem Kommissionär nicht vorauszusehende Folge etwa durch besondere Konjunkturen und die eigenthümliche Geschäftslage des Kommittenten entstanden oder zu dem von dem Kommissionär verschuldeten Nachtheile hinzugekommen ist. [32])

---

[29]) R.O.H.G. Bd. 15 S. 439.

[30]) Windscheid, Pand. II § 258 S. 35 u. Anm. 19; Zimmermann im Neuen Arch. f. H.R. v. Voigt u. Heinichen Bd. I S. 48—82, bes. S. 67, 73, v. Hahn zu Art. 368 § 1; Seuffert, Arch. Bd. XI Nr. 36, Bd. XIV Nr. 23. Vgl. auch R.O.H.G. XI Nr. 86 S. 256, XIV Nr. 123 S. 400 Bd. XXII Nr. 66 S. 302 und mit besonderer Beziehung auf den Spediteur R.O.H.G. Bd. XVII Nr. 21 S. 78.

[31]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 79; in besonderer Beziehung auf den Spediteur Bd. IV Nr. 29 S. 155.

[32]) R.O.H.G. Bd. 13 Nr. 68.

§ 316.

β. Die Pflichten des Kommissionärs rücksichtlich des Kommissionsgutes.[1])

1. **Die Pflichten bei dem Empfange des Kommissionsgutes.** Wenn sich das dem Kommissionär zugesandte Kommissionsgut bei der Ablieferung in einem äusserlich erkennbaren, beschädigten oder mangelhaften Zustand befindet, so hat er die gesetzliche Pflicht (Art. 365 Abs. 1 H.G.B.).[2]) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis jenes Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten ohne Verzug Nachricht zu geben. Ist die Waare äusserlich in Ordnung, so trifft den Kommissionär diese Verpflichtung nur dann, wenn er als sorgfältiger Kaufmann begründete Ursache hätte, eine Beschädigung anzunehmen, z. B. bei gebrechlichen Sachen oder wenn an dem Transportmittel irgend ein Schaden eingetreten war. Diese Bestimmung ist ein nothwendiges Korollar zu Art. 408 H.G.B., gemäss welchem durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch gegen den Frachtführer erlischt. Im Unterlassungsfalle ist der Kommissionär für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich (Art. 365 Abs. 2).[3]) Ist das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so kann der Kommissionär (Art. 365 Abs. 3 H.G.B.)[4]) den Verkauf desselben nach Art. 343 H.G.B. bewirken.

Art. 365 Abs. 3 statuirt keineswegs blos ein Recht des Kommissionärs auf Feststellung des Zustandes durch Sachverständige und Verkauf nach Art. 343, dessen Ausübung er auch beliebig unterlassen könnte; allerdings ist es seinem Ermessen überlassen („er kann“), ob er durch Sachverständige den Zustand des Gutes feststellen lassen resp. verkaufen will, allein wie immer, so muss auch hier dieses Ermessen des Kommissionärs durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet und bestimmt werden. Dem Rechte zur Feststellung des Zustandes resp. zum Verkaufe korrespondirt die Pflicht, das eine oder andere vorzunehmen, wenn ohne dessen Vornahme die dem Kommissionär anvertrauten Interessen gefährdet würden. Der Kommissionär macht sich also verantwortlich, wenn er den Zustand nicht feststellen resp. das Gut nicht verkaufen lässt, obwohl das eine oder das andere durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten ist.

2. **Die Pflichten während der Aufbewahrung des Kommissionsgutes.** Der Kommissionär haftet aus dem Kommissionsvertrage mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes für Verlust oder Beschädigung des Kommissionsgutes unter der Voraussetzung, dass und solange als er Aufbewahrer desselben ist (Art. 367 Abs. 1 H.G.B.)[5]) also jedenfalls erst **nachdem** das Gut in seine Hände gelangt

---

[1]) Grünhut l. c. S. 208—232.
[2]) Ebenso § 371 Abs. 1 ungar. H.G.B.
[3]) Ebenso § 371 Abs. 1 ungar. H.G.B.
[4]) Ebenso § 371 Abs. 2 ungar. H.G.B.
[5]) Ebenso § 373 Abs. 1 ungar. H.G.B.

und solange als es in seinen Händen ist; will er als Aufbewahrer des Kommissionsgutes seine Haftung für Verlust oder Beschädigung desselben durch die Behauptung ablehnen, dass der Verlust oder die Beschädigung durch Umstände herbeigeführt worden seien, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abgewendet werden konnten, so trifft ihn die Beweislast (Art. 367 Abs. 1). Diese Bestimmung erscheint nur als eine Anwendung des schon dem Art. 361 zu Grunde liegenden Prinzipes;[6]) sie ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen und entspricht auch der Rücksicht auf die faktischen Verhältnisse, da der meist an einem anderen Orte wohnhafte Kommittent in der Regel thatsächlich nicht in der Lage ist, eine solche Aufsicht über das Kommissionsgut und den Kommissionär zu führen, um eine Nachlässigkeit des letzteren als Aufbewahrers darthun zu können.

Treten Veränderungen an dem Kommissionsgute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, so hat der Kommissionär zunächst von Seiten des Kommittenten Instruktionen einzuholen. Ist keine Zeit dazu vorhanden oder ist der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so räumt das Gesetz dem Kommissionär die der Natur der Sache angemessene Befugniss ein, das Kommissionsgut nach Art. 343 zu verkaufen (Art. 366 Abs. 1 H.G.B).[7]) Zu einem solchen Verkaufe kann der Kommissionär auch in anderen Fällen schreiten, um sich im Wege der Selbsthülfe des Kommissionsgutes zu entäussern, selbst wenn Entwerthung drohende Veränderungen an dem letzteren nicht eingetreten sind, vorausgesetzt nur, dass der Kommittent rücksichtlich der ihm obliegenden Verfügungen über das Kommissionsgut in mora ist (Art. 366 Abs. 2 H.G.B.).[8])

In der Bestimmung des Art. 366 Abs. 1 liegt kein Freibrief für den Kommissionär, unter den daselbst aufgestellten Voraussetzungen zu dem Auskunftsmittel des Verkaufes nach blosser Laune seine Zuflucht zu nehmen, vielmehr sind auch hier Recht und Pflicht Korrelata. Der Kommissionär muss, wie überall in seinen Beziehungen zum Kommittenten, auch hier als Mandatar durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet werden und das Interesse des Kommittenten nach allen Seiten hin wahrnehmen; er hat für den Schaden einzustehen, wenn er, obwohl er als sorgfältiger Kaufmann einsehen musste, dass das Interesse des Kommittenten einen alsbaldigen Verkauf des Kommissionsgutes wegen drohender Entwerthung erheische, den Verkauf nicht vornahm, das Kommissionsgut zu Grunde gehen liess, obwohl er in der Lage gewesen wäre, den Verkauf nach Art. 343 vorzunehmen und dadurch das Interesse des Kommittenten zu wahren.[9]).

Das Gesetz ermächtigt den Kommissionär nur bei drohender Veränderung am Gute selbst zum Verkaufe nach Art. 343; es unterscheidet demnach zwischen Veränderungen an der Substanz des Gutes und anderen äusseren, Entwerthung

---

[6]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 187.

[7]) Ebenso § 372 Abs. 1 ungar. H.G.B.

[8]) Ebenso § 372 Abs. 2 ungar. H.G.B.

[9]) v. Hahn zu Art. 366 § 2; Dernburg, Preuss. Priv.R. II § 186 S. 501. Vgl. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 74 S. 256.

drohenden Ursachen. Diese Unterscheidung ist durch die Natur der Sache gerechtfertigt; es lässt sich wohl mit Sicherheit annehmen, dass dem Kommittenten eine verdorbene Waare nicht entsprechen könne, es ist aber keineswegs sicher, ob nicht der Kommittent Willens sei, eine im Preise gesunkene Waare noch ferner zur Spekulation zu behalten; in dem einen Falle handelt daher der Kommissionär im Einklange mit der muthmaasslichen Absicht des Kommittenten und ist nicht verantwortlich, wenn er dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat; im zweiten Falle maasst er sich ein Urtheil über die Spekulation des Kommittenten an. Würde daher der Kommissionär in anderen Fällen drohenden Verlustes, insbesondere in Folge von Konjunkturänderungen, verkaufen, so wäre er als ein negotiorum gestor des Kommittenten anzusehen, ebenso wie wenn er zwar bei an dem Kommissionsgute selbst Entwerthung drohenden Veränderungen, aber nicht unter Beobachtung des Art. 343 verkauft hätte; der Kommissionär macht sich aber niemals verantwortlich wenn er es unterlässt, als negotiorum gestor für den Kommittenten einzutreten.

Einen hieher gehörigen Fall einer negotiorum gestio, welche als utilis der Kommittent dulden muss, normirt das Gesetz in Art. 363 H.G.B. Der Unterschied zwischen der Bestimmung des Art. 366 Abs. 1 und der des Art. 363 ist, abgesehen davon, dass Art. 363 nur den Fall der Verkaufskommission mit Preislimito umfasst, darin gelegen, dass der Kommissionär im ersten Falle als Mandatar, im zweiten als negotiorum gestor auftritt, dass Art. 366 nicht blos eine Befugniss, sondern auch eine Pflicht, Art. 363 aber nur eine Befugniss des Kommissionärs statuirt, dass nach Art. 366 der Verkauf gemäss den Bestimmungen des Art. 343 erfolgen muss, während nach Art. 363 der Verkauf aus freier Hand erfolgen kann, dass endlich der Kommissionär nach Art. 366 lediglich den gefahrdrohenden Zustand des Gutes und die Gefahr am Verzug, nach Art. 363 aber die Unmöglichkeit der Ausführung des Verkaufes zu dem festgesetzten Preise und die Abwendung des Schadens zu beweisen hat. Der Kommissionär hat also, wenn ein Limitopreis gesetzt ist und der Verkauf wegen eingetretener Veränderungen an dem Gute, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, zum Limitopreise unausführbar ist, auch ohne Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343, also nicht gemäss Art. 366, sondern gemäss Art. 363 das Recht die Waare aus freier Hand zu verkaufen, vorausgesetzt, dass es zur Abwendung eines Schadens von dem Kommittenten geschehen soll und auch wirklich geschehen ist.

3. **Die Pflicht zur Versicherung des Kommissionsgutes.** Der Kommissionär macht sich durch Unterlassung der Versicherung des Kommissionsgutes nur dann verantwortlich, wenn er von dem Kommittenten den Auftrag zur Versicherung ausdrücklich oder stillschweigend, durch imperative oder demonstrative Instruktion erhalten hat (Art. 367 Abs. 2 H.G.B.).[10] So gilt der Kommissionär, wenn er während seiner Geschäftsverbindung mit dem Kommittenten in ähnlichen Fällen jedesmal zu versichern pflegte, ohne dass der Kommittent Widerspruch

[10]) Ebenso § 373 Abs. 2 ungar. H.G.B.

erhoben, bei der Ertheilung einer neuen Kommission für stillschweigend beauftragt, wieder zu versichern; um in einem solchen Falle der Haftung wegen Unterlassung der Versicherung zu entgehen, müsste er den Kommittenten rechtzeitig davon verständigen, dass er künftig nicht mehr versichern wolle. Hat der Kommittent in dieser Beziehung keine Bestimmung getroffen, so macht sich der Kommissionär durch Unterlassung der Versicherung nicht verantwortlich, auch dann nicht, wenn die Versicherung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten wäre; denn das Gesetz begrenzt den Kreis dessen, was der Kommissionär als sorgfältiger Kaufmann zu beobachten hat, dadurch, dass es die Pflicht zur Versicherung aus den Bestandtheilen der vom Kommissionär zu prästirenden Diligenz eines ordentlichen Kaufmannes ausdrücklich ausscheidet. Wenn der Kommissionär, obwohl zur Versicherung durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrag des Kommittenten nicht berufen, dessenungeachtet versichert, so handelt er überhaupt nicht als Kommissionär, sondern ist ganz ohne Auftrag thätig; er ist als Kommissionär auch nicht durch das Gesetz (ipso jure) zur Versicherung ermächtigt; er ist als negotiorum gestor des Kommittenten zu betrachten. Dadurch, dass das Gesetz die **Pflicht** des Kommissionärs zur Versicherung verneint, hat es ihm das **Recht,** wie ein jeder Dritter, als negotiorum gestor im Interesse des Kommittenten versichern zu können, nicht abgeschnitten.

Das Gesetz spricht von allen Versicherungen, ohne Unterschied der Gefahr, gegen welche versichert werden soll.

§ 317.

γ. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung und Herausgabe.[1])

1. **Die Rechenschaftsablegung.** Der Kommissionär ist verpflichtet, über seine Geschäftsführung Rechenschaft zu geben (Art. 361 H.G.B.).[2]) und zwar besteht diese Verpflichtung nur **dem Kommittenten**, nicht anderen Personen gegenüber, mögen diese es auch sein, welche das abgeschlossene Geschäft wirthschaftlich eigentlich angeht. Durch die Rechenschaftsablegung über die Ausführung des Auftrages soll dem Kommittenten eine vollständige Einsicht in die ihn interessirende Sachlage und Aufklärung über den Erfolg des Geschäftes verschafft werden; in derselben ist insoweit auch die Rechnungslegung enthalten, welche sich auf die bei der Ausführung vorgekommenen Einnahmen und Ausgaben bezieht. Die Rechnungslegung hat aber nicht eigentlich den Zweck, die Ausgaben und Gegenforderungen des Kommissionärs, deren Geltendmachung nur ein Recht, nicht eine Pflicht desselben ist, sondern wesentlich dessen **Einnahmen** zu verzeichnen. Der Kommittent kann nicht wissen, wie es mit seinen Ansprüchen gegen den Kommissionär stehe, was und wie viel dieser ihm aus der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes schuldig geworden sei; wohl aber ist der Kommissionär in der Lage, dieses zu wissen; dieser muss daher die **Einnahmen,** welche der Kommittent sonst ihrem Betrage nach nicht kennt,

---

[1]) Grünhut l. c. S. 233—245.

[2]) Ebenso § 369 ungar. H.G.B.

anzeigen;[3]) er ist verpflichtet, die Thatsachen, welche die Ansprüche des Kommittenten begründen und begrenzen, darzulegen, die einzelnen Posten genau und gehörig substanziirt aufzuzählen, d. h. nach Ordnung des Datums, und wenn auch mit summarischer, doch klarer Angabe der causa, so dass die Rechnung in allen Theilen vom Kommittenten verstanden werden kann und auf diese Weise darzuthun, was der Kommittent aus dem Kommissionsverhältnisse zu fordern hat.

Zur Rechenschaftsablegung gehört nicht nur die eigentliche Rechnungslegung als Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben, sondern auch, soweit dies nach den Umständen und der Natur des Geschäftes erforderlich ist, der Nachweis einer getreuen und sorgfältigen Geschäftsführung und der Richtigkeit der angegebenen Thatsachen, also die Justifikation der abgelegten Rechnung;[4]) der Kommissionär hat daher unter Umständen den Namen des dritten Kontrahenten anzugeben, insbesondere wenn er ihm Kredit gewährt hat; es liegt ihm ob, die Richtigkeit der einzelnen Posten der Rechnung zu beweisen und sich zu diesem Zwecke mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die im Geschäftsverkehre üblichen Belege zu verschaffen; er muss besonders darauf bedacht sein, ordnungsmässige Beweismittel rücksichtlich jener Ereignisse zu erlangen, deren Eintritt auf die Resultate seiner Geschäftsführung von ungünstigem Einflusse gewesen sind und durch welche er in seiner Verantwortlichkeit gedeckt werden soll. Als ein absolutes Erforderniss der Rechnung sind aber Belege nicht anzusehen; der Kommissionär ist nur schuldig, vollständige Rechenschaft und Auskunft über alle relevanten Thatsachen und Handlungen zu geben, so dass der Kommittent dieselben klar zu übersehen vermag, insbesondere was, wofür, wann und von wem, resp. an wen u. s. w. der Kommissionär eingenommen, resp. ausgegeben hat. Nur insoweit sind Belege absolut wesentlich, als von denselben die Verständlichkeit der Rechnung abhängt; im Uebrigen folgt aus der Nichtbeibringung von Belegen nur, dass die betreffenden **Ausgaben** von dem Kommissionär so lange nicht geltend gemacht werden können, als er keinen Beweis dafür erbringt.[5])

In Art. 361 ist dem Kommissionär die Pflicht zur Rechenschaftsablegung auferlegt; der Verpflichtung des Kommissionärs entspricht lediglich ein Recht des Kommittenten, dagegen ist ein Recht des rechnungspflichtigen Kommissionärs auf Rechenschaftsablegung nicht anerkannt. Der Kommittent ist nicht verpflichtet, die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu verlangen, welche ausschliesslich sein Recht erweitern soll und seinem Interesse zu dienen hat; er braucht nicht Rechenschaft zu verlangen, bevor er seine aus dem Kommissionsverhältniss für ihn entstandenen Ansprüche klagend verfolgt.[6]) Wenn daher der Kommittent

[3]) R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 11.

[4]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 187, Bd. VI Nr. 46 S. 216, Bd. VIII Nr. 7 S. 31, 35, Nr. 16 S. 63, 66 Bd. XXII Nr. 2 S. 4.

[5]) So § 136, 137 I 14 preuss. Landr.; R.O.H.G. Bd. VII Nr. 24 S. 92; Seuffert, Arch. I Nr. 274, V Nr. 83, X Nr. 63, XII Nr. 238.

[6]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101.

auf anderem Wege als durch ein besonderes Rechnungsverfahren den Umfang seiner Forderung darlegen und genügend substanziiren kann, wenn er dabei insbesondere die Gegenforderungen des Kommissionärs in deren denkbar weitestem Umfange in Abzug bringt, so liegt zu einer vorherigen Rechnungsstellung keine Veranlassung vor. [7]) Der rechnungspflichtige Kommissionär kann daher der Klage des Kommittenten auf Herausgabe dessen, was er aus der Kommission zu fordern hat, nicht entgegenstellen, es müsse zuvor auf Rechnungsstellung wider ihn geklagt werden und sich so der Leistung vorläufig entziehen.

2. **Die Herausgabe.** Die Pflicht zur Rechenschaftslegung ist nicht Selbstzweck, sondern nur das Mittel, um den eigentlichen Zweck, die materielle Vermögensherausgabe von Seite des Kommissionärs, also die Leistung dessen, was der Kommittent aus dem Geschäfte zu fordern hat, zu realisiren (Art. 361 H.G.B.). Alles was der Kommissionär auf Grund der Ausführung der Kommission durch die Führung des Geschäftes des Kommittenten erhalten hat (Waaren. Geld u. s. w.), ist er verpflichtet, dem Kommittenten herauszugeben und ebenso diesem die Forderungen abzutreten, welche er gegen den Dritten durch die Ausführung der Kommission erworben hat, Forderungen, welche ja im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und Kommissionär als Forderungen des Kommittenten gelten (Art. 368 H.G.B.). [8]) Dem Kommissionär ist es nicht gestattet, sich, abgesehen von der Provision, auf Kosten des Vermögens des Kommittenten ohne Einwilligung desselben durch die Ausführung der Kommission direkt oder indirekt einen eigenen Vortheil zu verschaffen. Der Kommittent hat vielmehr das Recht, zu verlangen, das ihm alle Vortheile zu Gute kommen, welche aus dem aufgetragenen Geschäfte als der causa lucri resultiren und deren Vorenthaltung von Seiten des Kommissionärs dem Kommittenten zum Nachtheile gereichen würde, selbst dann, wenn der Kommissionär günstigere Bedingungen erzielt hätte, als der Kommittent selbst gestellt hat, auch wenn es sich um solche Vortheile handelt, welche der Kommittent gar nicht vorausgesehen hat (Art. 372 H.G.B.). [9])

Die Verpflichtungen aus Art. 372 bilden den Schwerpunkt sowohl der allgemeinen Obliegenheit des Kommissionärs, den Kommissionsauftrag im Interesse des Kommittenten bona fide auszuführen. als auch der besonderen Verpflichtung, dem Kommittenten Rechenschaft zu geben und ihm dasjenige zu leisten, was er aus dem Geschäfte zu fordern hat. Diese Vorschrift steht in unverkennbarer Verbindung mit Art. 368, dass die aus dem abgeschlossenen Geschäfte hervorgehenden Forderungen des Kommissionärs im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und Kommissionär als Forderungen des Kommittenten gelten, [10]) daher

---

[7]) R.O.H.G. Bd. V Nr. 51 S. 230.

[8]) R.O.H.G. Bd. II Nr. 60 S. 266.

[9]) Ebenso ungar. H.G.B. § 378. Die Ansicht der Handelswelt scheint damit allerdings nicht durchgängig übereinzustimmen; meistens wird mehr angesetzt, als gegeben, oder weniger als empfangen worden ist; Bender §§ 216, 227 spricht sogar von einem entgegengesetzten Herkommen, welches er aber missbilligt, ebenso Poehls 257, 265, Treitschke 19, Brinkmann 405 Anm. 6. „Es ist dies ein wahrer Betrug, ihn begeht aber optimus quisque“ Heise S. 43.

[10]) R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 52 S. 198.

der vortheilhafte Inhalt derselben sofort für den Kommittenten erworben ist. Der Kommittent hat sich gerade wegen der günstigen Bedingungen, die der Kommissionär wegen seiner kaufmännischen Stellung auf dem betreffenden Platze, wegen seiner Verbindungen, seines Kredits u. s. w. erlangen kann, an ihn gewendet. Der Kommissionär kann sich nur durch besondere Vereinbarung mit dem Kommittenten einen Antheil an diesen durch ihn erlangten besonderen Vortheilen wahren.

Der Kommittent schenkt dem Kommissionär das Vertrauen, dass er sein Interesse überall wahrnehmen und deshalb zu so günstigen Bedingungen als möglich kontrahiren werde. Durch Beifügung eines Limito wird hierin selbstverständlich nichts geändert. Dasselbe ermächtigt den Kommissionär keineswegs unter allen Umständen den gesetzten Preis zu berechnen, sondern es bezeichnet nur die Preisgrenze, welche nicht überschritten werden soll. Der Kommissionär hat daher nicht das Recht, die Differenz zwischen dem Limitopreise und dem wirklichen Preise für sich zu behalten.

bb. Rechte des Kommissionärs.[1])

§ 318.

α. Das Recht auf Erstattung des gemachten Aufwandes und auf Provision.

Der Kommissionär hat das Recht, von dem Kommittenten (mittelst a⁰. mandati contr.) zu verlangen, dass dieser das für seine Rechnung nicht auftragswidrig [2]) ausgeführte Geschäft als sein Geschäft anerkenne und ihm die Mittel zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit bereitstelle, resp. dasjenige ersetze, was er zur selbständigen Vornahme der Erfüllung als ordentlicher Kaufmann aufgewendet hat, z. B. bei der Einkaufskommission die gekaufte Kommissionswaare übernehme und bezahle, bei der Verkaufskommission die Kommissionswaare, deren Verkauf der Kommissionär zu besorgen hatte, liefere u. s. w. Der Kommissionär hat das Recht, vom Kommittenten den Ersatz dessen zu verlangen, „was er an Baarauslagen oder überhaupt zum Vollzug des Geschäftes nothwendig oder nützlich aufgewendet hat" (Art. 371 H.G.B.). [3]) Der Kommittent ist also nicht verpflichtet, alle bei Gelegenheit der Ausführung gemachten Aufwendungen ohne Unterschied zu ersetzen, wohl aber ausser den durch den Auftrag selbst ausdrücklich oder stillschweigend vorgeschriebenen jene Verwendungen, welche entweder zur Erhaltung (physischen oder juristischen) des Vermögens des Kommittenten oder um sonst Schaden von ihm abzuwenden durch die Macht der Umstände geboten, also als **nothwendig**, oder welche doch wenigstens als im Interesse des Kommittenten gelegen, als zur Förderung seines

---

[1]) Grünhut l. c. S. 245—309.

[2]) Ist das Geschäft auftragswidrig ausgeführt, so ist der Kommittent nicht gehalten, dasselbe für seine Rechnung gelten zu lassen; die a⁰. mandati contr. besteht nicht. Vgl. oben S. 198 und R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 41.

[3]) Ebenso ungar. H.G.B. § 377; vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101.

Vortheiles wünschenswerth, also als nützlich erscheinen konnten, und zwar nur dann und in dem Maasse, wenn und soweit sie ein ordentlicher Kaufmann vorgenommen haben würde, was im Falle der Bestreitung der Kommissionär zu beweisen hat. Steht von diesem Gesichtspunkte aus die Nothwendigkeit oder der Nutzen der Aufwendungen einmal fest, so kommt es nicht darauf an, ob der Kommissionär das aufgetragene Geschäft vollenden konnte, ob es dem Kommittenten statt des gehofften Gewinnes nur Verlust verursacht, immer vorausgesetzt, dass dem Kommissionär als ordentlichem Kaufmann ein Verschulden nicht zur Last fällt. [4])

Das Gesetz zählt beispielsweise auf „die Vergütung für die Benützung der Lagerräume, der Transportmittel des Kommissionärs und der Arbeit seiner Leute". Diese Aufzählung erfolgte, um Zweifeln vorzubeugen, als ob dafür schon in der Provision die Entlohnung gelegen sei, da es sich doch um Abnützung von Sachen des Kommissionärs und Verwendung seiner Leute handelt. Gleichgiltig ist es demnach, ob der Kommissionär selbst oder ein Anderer Eigenthümer der Transportmittel und Lagerräume ist. Der Kommissionär darf keine Vergütung für jene Arbeit seiner Leute beanspruchen, welche ihrer Natur nach eben auf dasjenige gerichtet ist, was in Folge der Kommission zu der Sphäre der kaufmännischen Thätigkeit des Kommissionärs selbst gehört; er ist nur dann berechtigt, den Lohn für seine Leute in Rechnung zu bringen, wenn er dieselben im Interesse des Kommittenten solche Arbeiten verrichten lässt, welche nach der Handelssitte von ihm selbst nicht erwartet werden konnten, zu welchen er, wenn er nicht schon die Leute in seinem Dienste gehabt hätte, andere Leute hätte miethen müssen.

Der Kommissionär hat ausserdem selbstverständlich Anspruch auf Ersatz seiner Vorschüsse auf das Kommissionsgut, der von ihm gezahlten Fracht, der Zölle, Ablade-, Abwäge-, Erhaltungs- und Reparaturkosten u. s. w. Hat der Kommissionär, obwohl zur Versicherung nicht beauftragt, dessenungeachtet versichert, so kann er die für den Kommittenten bezahlte Prämie nur nach den Grundsätzen der negotiorum gestio beanspruchen.

Der Kommissionär hat das Recht, nicht nur den Ersatz der für den Kommittenten bereits gemachten, sondern auch derjenigen Aufwendungen zu verlangen, welche er in Folge der für Rechnung des Kommittenten in Ausführung der Kommission nothwendig oder nützlich eingegangenen Verbindlichkeiten in Zukunft zu machen verpflichtet ist. Der Einkaufskommissionär hat z. B. die Zahlungsleistung dem dritten Kontrahenten versprochen, oder die Faktur rücksichtlich der eingekauften Waaren mit Wechselaccepten beglichen etc. Der Kommissionär hat die a°. mandati contr. gegen den Kommittenten, sobald er die Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber kontrahirt, [5]) also bevor er sie noch selbst erfüllt hat. Die Erfüllung dieser Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber

---

[4]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 19 S. 84 (Kosten eines überseeischen Telegrammes); österr. bürgerl. G.B. § 1014, preuss. Landr. §§ 65—69 I 13 (Förster II 314 Not. 113, Dernburg II § 141), sächs. G.B. § 1314.

[5]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 79 S. 310.

kümmert den Kommittenten nicht weiter. Dadurch, dass der Kommissionär das aufgetragene Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen, sich selbst zum Schuldner gemacht, überhaupt das Geschäft vollzogen, hat er den Auftrag erfüllt und es ist ihm daher ein Rechtsanspruch entstanden, dessen erfolgreiche Geltendmachung allerdings durch Rechnungslegung über seine Geschäftsführung bedingt ist.

Der Kommissionär ist in Ermanglung einer anderweitigen Verabredung an und für sich nicht verpflichtet, für den Kommittenten in Vorschuss zu gehen. [6]) Der Abschluss des Kommissionsvertrages involvirt nicht zugleich den Abschluss eines Krediteröffnungsvertrages; der Kommissionär kann vielmehr verlangen, dass ihm vom Kommittenten anticipando die Mittel zur Verfügung gestellt werden, um das aufgetragene Geschäft ausführen zu können, seine dem dritten Kontrahenten gegenüber einzugehenden Schulden erfüllen zu können, z. B. Lieferung des zu verkaufenden Gegenstandes, Zahlung des Kaufpreises, insbesondere auch die baaren Fonds, damit er nicht sein eigenes Vermögen angreifen und dadurch dem Kommittenten zur Disposition stellen müsse.

Hat sich der Kommissionär verpflichtet, in Vorschuss zu gehen, also dem Kommittenten insoweit einen Kredit zu eröffnen, ohne vorher wegen des zu leistenden Vorschusses Deckung (Pfand) zu verlangen, so hat er diese Verpflichtung zu erfüllen und ist dann nicht berechtigt, nachträglich eine solche Deckung zu fordern; der Schutz des Kommissionärs liegt dann in seinem gesetzlichen Pfandrechte. Der Anspruch auf Deckung erscheint aber begründet, sobald nach richterlichem Ermessen die Gefahr droht, dass der Kommissionär auf Grund seiner Kreditgewährung nicht blos zu Vorschüssen, sondern zu definitiven Aufwendungen aus eigenem Vermögen Dritten gegenüber werde genöthigt werden. Eine solche Gefahr (justa causa metuendi) liegt insbesondere bei notorischer Zerrüttung der Vermögensverhältnisse des Kommittenten vor, also im Falle der Ueberschuldung desselben oder bevorstehender Konkurseröffnung über denselben oder Erschütterung seines Kredits in Folge gewagter oder misslungener Unternehmungen. [7])

In allen Fällen, in welchen der Kommissionär Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen hat, ist er auch berechtigt, vom Tage der Verwendung (6 %) Zinsen in Ansatz zu bringen (Art. 290 H.G.B.)

Ist der Kommissionär bei Ausführung des Geschäftes in Vorschuss gegangen, sei es, dass er sich verpflichtet hat, für den Kommittenten in Vorschuss zu gehen oder nicht, so hat er, wenn über die Zeit, wann und über die Art, wie der Ersatz der von ihm geleisteten Vorschüsse erfolgen soll, keine besondere Vereinbarung getroffen worden ist, das Recht, Ersatz zu verlangen, sobald er durch Rechenschaftslegung beweisen kann, dass er die Vorschüsse gemacht habe; jede unbetagte Forderung muss auf Verlangen des Gläubigers sofort erfüllt werden (Art. 326 H.G.B). Bei der **Verkaufskommission** muss im Zweifel als Absicht

---

[6]) Anders Gad § 133 S. 279.

[7]) R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 48 S. 137.

der Kontrahenten angesehen werden, dass der vom Kommissionär geleistete Vorschuss aus dem Verkaufserlöse des Kommissionsgutes gedeckt und daher bis zum Eintritte dieses Momentes von dem Kommissionär dem Kommittenten kreditirt werden solle. Der Verkaufskommissionär kann daher in der Regel nur dann und insoweit den auf das Kommissionsgut geleisteten Vorschuss und zwar nur mittelst a°. mandati contr., da es sich nicht um eine Verpflichtung aus einem selbständigen Darlehen, sondern aus dem Kommissionsgeschäfte handelt, zurückfordern, wenn und soweit das Ergebniss des Verkaufes nach Abzug der Auslagen und der Provision hinter dem Belaufe des Vorschusses zurückgeblieben ist; [8]) ebenso wenn der Verkauf in der von den Parteien in Aussicht genommenen Zeit nicht vorgenommen werden kann oder die Kommission vor dem Verkaufe widerrufen wird.

Der Kommissionär hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, ein Recht auf die gewöhnliche Provision. In derselben steckt der Lohn für die kaufmännische und juristische Arbeit des Kommissionärs, [9]) für die Sorge und Mühewaltung, welche er dem Dienste des Kommittenten widmet und für die Verantwortlichkeit, welche er als ordentlicher Kaufmann in Beziehung auf die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäftes übernimmt. Dagegen hat der Kommissionär, blos weil er Provision bezieht, für die Zahlung und anderweitigen Verbindlichkeiten des dritten Kontrahenten, mit dem er abgeschlossen hat, nicht einzustehen.

Der Kommissionär hat das Recht, wenn er die entgegengesetzten Aufträge zweier verschiedener Kommittenten zum Abschluss eines und desselben Handelsgeschäftes entgegennimmt und zwischen diesen Kommittenten das Geschäft vermittelt (z. B. einen Kaufvertrag), von beiden Theilen die Provision zu beanspruchen. [10])

Mag es sich um die gesetzliche oder eine ausbedungene Provision handeln, [11]) in jedem Falle hat der Kommissionär ein festes Recht auf dieselbe erst dann erworben, wenn das Geschäft zur „Ausführung" gekommen ist (Art. 371 des H.G.B.). [12]) Ausführung und Erfüllung sind im Sinne des Gesetzes keineswegs Begriffe, welche sich stets gegenseitig decken; vielmehr bedeutet der an und für sich schwankende Ausdruck „Ausführung" zuweilen weniger als Erfüllung; es ist in jedem einzelnen Falle mit Rücksicht auf den Inhalt des Auftrages festzustellen, was unter Ausführung des Geschäftes zu verstehen sei.

Ist dem Kommissionär, wie in der Regel, die ganze Abwickelung des kommittirten Geschäftes übertragen, so gehört nicht blos der Abschluss des Geschäftes, sondern auch dessen Erfüllung zur Ausführung. Der Kommissionär büsst in diesem Falle die Provision ein, wenn die Erfüllung aus was immer für einem Grunde ausbleibt, wenn z. B. die eingekaufte Waare auf dem Transporte

[8]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 187.
[9]) R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 18 S. 73, Nr. 95 S. 408.
[10]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 23 S. 90.
[11]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 375.
[12]) Ebenso ungar. H.G.B. § 377.

zu Grunde geht: die Erfüllung geht insofern nicht blos auf Gefahr des Kommittenten, sondern auch auf seine Gefahr. Zu den Pflichten des **Einkaufskommissionärs** insbesondere gehört jedoch an und für sich keineswegs die Ablieferung der eingekauften Waaren an den Kommittenten, sondern je nach Umständen der blosse Geschäftsabschluss oder auch, dass er die Waare dem Kommittenten in gehöriger Weise zur Verfügung stellt, oder dass er für gehörigen Transport derselben an den Kommittenten Sorge trägt. Der Auftrag an den Kommissionär kann sich demnach möglicher Weise blos auf den Abschluss des Geschäftes mit dem dritten Kontrahenten beschränken, z. B. blos auf den Abschluss des Einkaufes, ohne sich auf die Uebersendung der Waare zu erstrecken. Das aufgetragene Geschäft erscheint in diesem Falle als ausgeführt, sobald es der Kommissionär dem Auftrage gemäss abgeschlossen hat, obwohl es noch nicht vollständig erfüllt ist, wenn auch der Kommittent die Sendung noch nicht empfangen hat.[13]) Der Kommissionär hat die geschuldete Leistung vollendet, seine Aufgabe erfüllt und gethan, was von seiner Seite zur „Ausführung" erforderlich ist; ein Mehreres kann ihm in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung nicht zugemuthet werden. Hat er dieser Pflicht genügt, so ist einerseits sein Anspruch auf Ersatz des verauslagten Kaufgeldes nebst Spesen begründet, mag auch die Waare in die Hand des Kommittenten nicht gelangt sein, da die Transportgefahr an und für sich nur den Kommittenten trifft, andererseits hat er, da er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gehandelt, ein Recht auf die Vergütung seiner Arbeit,[14]) ebenso wenn hinterher andere Ereignisse eintreten, welche auf die Erfüllung des Geschäftes einen ungünstigen Einfluss äussern, z. B. Zahlungsunfähigkeit des dritten Kontrahenten. Wie immer der Erfolg des abgeschlossenen Geschäftes sein mag, ob es nach Wunsch des Kommittenten ausgefallen oder nicht, der Kommissionär hat in einem solchen Falle das Recht auf die Provision, sobald ihn selbst kein Verschulden trifft.

Der Auftrag an den Kommissionär kann auch so beschaffen sein, dass der eigentliche Gegenstand des abzuschliessenden Geschäftes weder geleistet noch angenommen zu werden braucht, sondern dass an dessen Stelle ein Werthäquivalent als Entschädigung gezahlt werden darf.[15]) Hier ist die Ausführung etwas von der effektiven Erfüllung des Geschäftes offenbar Verschiedenes; wird die Entschädigung anstatt der Erfüllung geleistet, so ist das Geschäft zwar nicht wirklich erfüllt, aber zur Ausführung gekommen.

Ist das Geschäft aus was immer für einem Grunde nicht zur Ausführung gekommen, sei es, dass der Kommissionär, wenn auch aus genügenden Gründen den Auftrag kündigt oder durch Zufall ohne alles Verschulden verhindert ist, das aufgetragene Geschäft auszuführen, oder auch dass der Kommittent wegen Aenderung der Handelskonjunkturen oder aus anderen Gründen, über welche der

---

[13]) R.O.H.G. Bd. I Nr. 22 S. 77.

[14]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 79 S. 316.

[15]) v. Hahn zu Art. 371 Note 26.

Kommissionär übrigens keine Auskunft zu verlangen berechtigt ist, rechtzeitig widerrufen hat, vielleicht gar, um selbst mit dem dritten Kontrahenten, mit dem er den Kommissionär bereits in Unterhandlungen begriffen weiss, direkt abzuschliessen, so hat der Kommissionär kein Recht auf die Provision, wie gross auch immer seine Mühewaltung zur Herbeiführung des Abschlusses gewesen sein mag.[16]) An dem Rechte des Kommissionärs, den Ersatz seiner Vorschüsse, Auslagen und des mit der Ausführung verbundenen Schadens zu verlangen und von den Aufwendungen Zinsen zu berechnen, wird durch die Nichtausführung des Geschäftes nichts geändert.

Die Bestimmung des Gesetzes hat zur Folge, dass der Kommissionär, wenn der Dritte male fide oder aus Laune oder aus sonstigen Gründen den Vertrag nicht ausführen will oder nicht ausführen kann, die Provision einbüsst; dieser Verlust erscheint immerhin gerechtfertigt; denn der Kommissionär soll sich den Mann besehen, mit dem er kontrahirt; ungerechtfertigt aber und dem Geiste des Gesetzes widersprechend wäre die Annahme, dass der Kommissionär um seine Provision auch dadurch gebracht werden könnte, dass der Kommittent aus eigenem Verschulden oder gar willkürlich die von ihm abhängende Ausführung des von dem Kommissionär für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäftes unterlassen würde; so wenn z. B. der Verkaufskommissionär den Verkauf mit aller Sorgfalt auftragsmässig abgeschlossen hätte und der Kommittent selbst die Lieferung grundlos verweigerte, oder wenn der Kommissionär einen Verkauf nach Muster abgeschlossen hätte, der Kommittent aber Waaren von schlechter Qualität übersendete, so dass diese von dem dritten Käufer zur Disposition gestellt würden. Der Kommissionär könnte möglicherweise die Erfüllung, zu der er sich ja **in eigenem Namen** verpflichtet hat, selbständig vornehmen und dann mit der a°. mandati contr. von dem Kommittenten den Ersatz der ihm dadurch entstandenen Auslagen und die Provision verlangen.[17]) Ist dies aber nicht möglich und geräth der Kommissionär in Folge der Weigerung des Kommittenten in Erfüllungsverzug, so behält er, wenn nun der Dritte vom Vertrage zurücktritt resp. redhibirt, das Recht auf die Provision, immer vorausgesetzt, dass ihm selbst ein Verschulden wegen der Nichtlieferung oder Redhibition nicht zur Last fällt. Der Kommissionär hat durch den Abschluss des Verkaufes, resp. durch Tradition des Verkaufskommissionsgutes und durch die später etwa noch mit den Käufern gepflogenen Verhandlungen seine Provision verdient und es darf ihn nicht berühren, dass das Geschäft durch Verschulden oder gar mala fides des Kommittenten nicht zur Ausführung gekommen ist. Denn die Bestimmung des Art. 371 soll zum Schutze von Treu und Glauben

---

[16]) Hat der Kommissionär bereits erhebliche Mühe aufgewendet, so kann er nicht gemäss Art. 290 eine angemessene Entschädigung verlangen; denn für den hier in Frage stehenden Fall sind spezielle Bestimmungen im Gesetze gegeben. Art. 371 ist hier ausschliesslich maassgebend; Art. 290 kann nur nach Maassgabe des Art. 371 zur Anwendung kommen. R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 379. Ueber den Unterschied der Provision vom Mäklerlohn s. oben S. 142.

[17]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 38 S. 107.

dienen, damit der Leichtsinn eines Kommissionärs, der auf unsicherem Boden zu arbeiten Neigung verspürt, dem Kommittenten nicht schade, allein es darf diesem auch die durch seine Schuld, vielleicht gar mala fide lediglich zu seinem eigenen Vortheil geschehene Vereitlung des auf solider Grundlage von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäftes nicht nützen; der Kommittent ist vielmehr dem Kommissionär wegen dieser Pflichtverletzung zum Schadenersatz, also auch zur Leistung der entgangenen Provision (Art. 283 des H.G.B.), verpflichtet.

Das dem Kommissionär ipso jure zustehende Recht auf Provision kann durch besondere ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der Parteien überhaupt beseitigt, umsomehr blos modifizirt werden; es kann z. B. bedungen werden, dass eine Provision schon dann geschuldet werden soll, wenn das Geschäft auch nur abgeschlossen worden ist oder sogar im Falle rechtzeitigen Widerrufs[18]) oder erst dann, wenn das Geschäft Gewinn bringt oder wenn es innerhalb eines bestimmten Zeitraumes abgewickelt wird u. s. w. Die Parteien können über die **Höhe** der Provision eine Vereinbarung treffen; zuweilen geschieht dies derart, dass die Provision gar nicht offen hervortritt, dass sie nur versteckt vorhanden ist. So kann vereinbart werden, dass die Provision in der Differenz zwischen dem gesetzten Preise und dem von dem Kommissionär wirklich erzielten Verkaufs- oder Einkaufspreise bestehen soll, so dass der Kommissionär, entgegen der Bestimmung des Art. 372, als Provision zurückbehalten darf, was er bei dem Verkaufe mehr erlöst[19]) oder um was er billiger einkauft, als der Kommittent bestimmt hat. Ist über die Höhe der Provision nichts vereinbart, so kann die Provision „nach den an dem Orte gewöhnlichen Sätzen“ gefordert werden (Art. 290). Es entscheidet der Gebrauch des Ortes, wo das aufgetragene Geschäft ausgeführt wird, also gewöhnlich des Ortes der Handelsniederlassung des Kommissionärs. Fehlt es an dem Ortsgebrauche, so entscheidet das richterliche Ermessen. Gewöhnlich besteht die Provision in einer nach dem Werthbetrage oder Preise des Gegenstandes der Mühewaltung, des aufgetragenen und ausgeführten Geschäftes, in Perzenten berechneten Summe. Besteht die Kommission aus mehreren selbständig vorzunehmenden Geschäften, z. B. Ankauf, Verfrachtung und Versicherung, so gebührt von jedem Geschäfte eine besondere Provision. Nach der übereinstimmenden Praxis des Handelsverkehrs und der Gerichte erfolgt die Berechnung der Provision von dem **Bruttowerthbetrage**.

§ 319.

β. Das Pfand-, Retentions- und Kompensationsrecht des Kommissionärs.

Der Kommissionär hat das Recht, nicht blos mit der a°. mandati contr. von dem Kommittenten Befriedigung seiner Forderungen zu verlangen, sondern auch sich durch das in seiner Verfügungsgewalt stehende Kommissionsgut zu

---

[18]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 375.

[19]) Vgl. die Fälle in R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 21 S. 70; bes. Bd. XXII Nr. 19 S. 77 in Beziehung auf den Speditionsunternehmer nach Art. 384 H.G.B. R.O.H.G. N. 94 S. 377.

decken resp. so weit als möglich zu kompensiren.[1]) Das deutsche Handelsgesetzbuch hat in Art. 374 den bestehenden Handelsgebrauch sanktionirt und das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs nicht erst geschaffen, sondern nur beibehalten und sorgfältig geregelt. Neben dem gesetzlichen Pfandrechte besteht auch das allgemeine kaufmännische Retentionsrecht des Kommissionärs (Art. 313—315 des H.G.B.); doch ist zu beachten, ob nicht die Zurückbehaltung des Kommissionsgutes einer vom Kommissionär übernommenen Verpflichtung oder einer rechtzeitig vom Kommittenten ertheilten Vorschrift widerstreiten würde (Art. 313 Abs. 3).[2])

Das Handelsgesetzbuch (Art. 374)[3]) anerkennt das Pfandrecht „wegen der auf das Gut verwendeten Kosten“, d. h. wegen alles dessen, was in Erfüllung des Auftrages auf das Kommissionsgut nothwendig oder nützlich aufgewendet (Art. 371) und wodurch daher der Werth desselben erhöht worden ist, also für Zahlung von Frachten oder Zöllen, für Magazinage, Entrepôt, Reinigung, Herstellung des Glanzes oder Bearbeitung der Kommissionswaare, um sie für den Handel geeignet zu machen u. s. w.; wegen dieser Kosten auch dann, wenn dieselben nach eingetretenem Verzug des Kommittenten in Folge der Retention des Kommissionsgutes auf Grund des Pfandrechtes vom Kommissionär aufgewendet worden sind;[4]) ferner „wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darleihen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten“, also wegen der von dem Kommissionär für Rechnung des Kommittenten mit Beziehung auf das Gut gegebenen Geldsummen oder wegen der Verpflichtungen, welche er, sei es gegenüber dem Kommittenten oder für diesen gegenüber Dritten, dadurch z. B., dass der Kommittent einen Wechsel gezogen und der Kommissionär denselben acceptirt oder sonst übernommen hat.

Bei allen diesen Forderungen des Kommissionärs geht das Gesetz von der Auffassung aus, dass die Kosten und Vorschüsse in Rücksicht auf das betreffende Kommissionsgut gemacht, die Verbindlichkeiten in Rücksicht auf dasselbe eingegangen worden seien, und dass das Kommissionsgut in Rücksicht auf die Entstehung dieser Forderungen und Verbindlichkeiten des Kommissionärs in die Verfügungsgewalt desselben gebracht wurde. Der Kommissionär hat diese Umstände, also die Ertheilung von Vorschüssen, die Aufwendungen u. s. w. darzulegen und zu beweisen (durch die Handlungsbücher, Briefe u. s. w.).[5])

Ausserdem aber steht das Pfandrecht auch „wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften“ zu. Diese letztere Bestimmung,

---

[1]) Laband in Zeitschr. f. H.R. Bd. IX S. 425; Goldschmidt, H.B. §§ 96, 97.

[2]) Goldschmidt l. c. S. 1019; Laband l. c. S. 494; Gotter, Centr. Org. N. F. Bd. III S. 471 ff.; Thöl, H.R. § 233; v. Hahn, Komm. ad Art. 313.

[3]) Ebenso ungar. H.G.B. § 379.

[4]) Laband l. c. S. 448; so für den Spediteur Ob.App.G. Kassel in Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 149; Seuffers Arch. Bd. XVII Nr. 152.

[5]) Laband S. 448.

welcher die Auffassung zu Grunde liegt, dass eine Konnexität der Forderung mit dem Kommissionsgute durch den Kontokorrentvertrag geschaffen sei, entspricht dem im Kommissionshandel herrschenden Handelsgebrauche. Das Pfandrecht gilt für alle im Kontokorrentverkehre entstandenen Forderungen des Kommissionärs **als solchen** gegen den Kommittenten, wenn sie auch nicht das Kommissionsgut selbst betreffen, an welchem das Pfandrecht ausgeübt wird. Der Kommissionär erscheint also in Beziehung auf seinen ganzen im Kontokorrente erfolgenden Kommissionsverkehr mit dem Kommittenten vollständig gedeckt. Voraussetzung ist, dass zwischen dem Kommittenten und Kommissionär ein eigentlicher Kontokorrentverkehr [6]) besteht; dieser bringt es seiner Natur nach mit sich, dass der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten nicht desshalb in Vorschuss geht, weil er ein bestimmtes Kommissionsgut in seiner Gewahrsame hat und darüber zu verfügen in der Lage ist, sondern weil beide Theile sich gegenseitig einen wiederkehrenden Kredit gewähren, weil daher der Kommissionär die Gesammtheit jener Vermögenstheile des Kommittenten, welche im Laufe der Geschäftsverbindung für Rechnung desselben in seine Verfügungsgewalt gelangen, ins Auge fasst; es ist daher gerechtfertigt, wenn auch jedes im Laufe der Geschäfte, sei es auch später, zugesendete oder sonst in die Verfügungsgewalt des Kommissionärs gekommene Kommissionsgut zur Deckung der aus früheren Kommissionsgeschäften begründeten Forderungen und früher eingegangenen Verpflichtungen zu dienen hat, insoweit solche Forderungen und Verpflichtungen aus Kommissionsgeschäften herrühren.

Das Pfandrecht besteht an dem Kommissonsgute d. h. an allem, was der Kommissionär als solcher auf Grund der angenommenen oder blos offerirten Kommission und in Ausführung derselben für den Kommittenten in seine Verfügungsgewalt erlangt, sei es, dass das Gut von ihm eingekauft oder ihm zum Verkaufe oder in anderer Absicht auf Grund einer Kommission zugesendet worden ist, etwa um es vorläufig zur Verfügung des Kommittenten zu halten, bis ihm später der Verkaufsauftrag selbst ertheilt wird, mag auch dieser Auftrag in der That hinterher nicht erfolgen, sondern die Zurückgabe oder Weiterversendung des Gutes von dem Kommittenten angeordnet werden. In allen diesen Fällen fungirt der Kommissionär als solcher, wenn er auch das Kommissionsgut zunächst nur mit Beschränkung seiner Dispositionsbefugniss übernimmt; anders aber, wenn der Kommissionär blos einen Theil seines Magazins als Lagerraum vermiethet oder ein reines Depositum abgeschlossen hätte.[7])

Voraussetzung ist Detention des Kommissionsgutes, unmittelbare oder mittel-

---

[6]) Anderer Ansicht Laband S. 449; v. Hahn zu Art. 374 § 8. Für die obige Ansicht spricht der Sprachgebrauch des Gesetzgebers (Art. 291) und sein aus der Entstehungsgeschichte des Art. 374 hervorgehendes Bestreben, das gesetzliche Pfandrecht einzuschränken. Jede einzelne Forderung des Kommissionärs als solchen im Kontokorrentverkehr ist pfandrechtlich gedeckt, daher die Ausdrucksweise: „wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung" gerechtfertigt; die Anerkennung des Saldo wirkt hier im Zweifel nicht novirend.

[7]) Laband l. c. 438, 439; R.O.H.G. Bd. XX Nr. 26 S. 86.

bare (insbesondere durch Konnossement, Ladeschein oder Lagerschein); juristischer Besitz ist nicht erforderlich. Das Pfandrecht des Kommissionärs besteht, wie das Retentionsrecht nach Art. 313 des H.G.B., nur so lange, als die Verfügungsgewalt des Kommissionärs über das Kommissionsgut dauert; es ist an die unmittelbare oder mittelbare Detention gebunden; für den Fall des Verlustes der Detention ist der Kommissionär nicht geschützt.

Das Pfandrecht des Kommissionärs besteht mit voller Wirkung auch im Konkurse und überhaupt gegenüber anderen Gläubigern des Kommittenten, auch älteren Pfandgläubigern gegenüber, ohne dass es darauf ankommt, ob das Kommissionsgut dem Kommittenten selbst gehört oder dessen Dispositionsgewalt vom Eigenthümer übertragen war, sofern nur der Kommissionär rücksichtlich der Dispositionsbefugniss des Kommittenten in gutem Glauben war.[8])

Der Kommissionär hat für die pfandrechtlich gesicherten Forderungen ein auch im Konkurse wirksames, vorzugsweises Befriedigungsrecht aus den durch das Kommissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen (Art. 374 Abs. 2 des H.G.B.).[9]) Es besteht also ein Retentions- und, soweit möglich, Kompensationsrecht des Kommissionärs für alle Fälle und für alle seine Gegenforderungen (Art. 374 Abs. 1).

Bei der **Verkaufskommission** ist der Kommissionär selbst Gläubiger rücksichtlich des Kaufpreises; gemäss Abs. 2 Art. 368 gilt aber die Forderung des Kommissionärs im inneren Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär und dessen Gläubigern als eine Forderung des Kommittenten. Der Kommittent und dessen Gläubiger können jedoch nur so viel von dem Kaufpreise beanspruchen, als nach der Befriedigung der Forderungen des Kommissionärs übrig bleibt. Der Kommissionär ist allerdings ex mandato verpflichtet, die Forderung auf den Kaufpreis abzutreten; er braucht aber insolange nicht abzutreten, als er nicht selbst befriedigt ist. Hat der Kommissionär den Kaufpreis bereits bezogen, so wird er Schuldner des Kommittenten, dessen Gläubiger er seinerseits wegen seiner Vorschüsse u. s. w. ist; er kann soviel abziehen, als zur Befriedigung seiner Forderungen wegen Vorschüsse u. s. w. erforderlich erscheint; er ist ex mandato zur Herausgabe des Kaufpreises verpflichtet, er ist aber zur Kompensation berechtigt und dadurch vor allen anderen Gläubigern des Kommittenten geschützt. Für den Kommissionär ist also ebenso gesorgt, wie wenn er die Waaren selbst noch hätte oder darüber zu verfügen in der Lage wäre; es wäre ja auch ungerecht, wenn der Kommissionär durch die Ausführung des Auftrages, obwohl er den Kaufpreis noch in der Hand hat, an seinen Rechten verlieren sollte. Ebenso verhält es sich bei der **Einkaufskommission**; der Kommissionär hat die Forderung auf Lieferung der Waare: diese Forderung braucht er dem Kommittenten nicht abzutreten, so

---

[8]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XV Nr. 118 S. 424. Ueber die Rangordnung des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs im Falle der Kollision mit den gesetzlichen Pfandrechten des Spediteurs und Frachtführers s. unten.

[9]) Ebenso § 379 Abs. 2 ungar. H.G.B.

lange er nicht wegen seiner Forderungen (Art. 374 Abs. 1) befriedigt ist;[10]) er hat somit die Möglichkeit, die Waare zu erlangen und an derselben sein Pfandrecht auszuüben. Hat er die Detention der Waare, so steht ihm ein Pfandrecht an derselben zu, wenn er nicht sogar als Eigenthümer zu betrachten ist. Ist die Forderung des Kommissionärs dem Kommittenten einmal abgetreten, so steht dem Kommissionär das vorzugsweise Befriedigungsrecht nicht mehr zu; es fehlt ein jeder Grund dafür. Der Kommissionär steht nun auch formell, wie früher schon materiell, der Forderung als Fremder gegenüber; seine Stellung ist dann von der eines anderen Gläubigers des Kommittenten rechtlich durchaus nicht verschieden.[11])

Der Kommissionär hat zur Realisirung seines Pfandrechtes das Verkaufsrecht (Art. 375 des H.G.B.;[12]) doch ist der in Verzug befindliche Kommittent, so lange der Kommissionär von dem ihm zustehenden Verkaufsrechte keinen Gebrauch gemacht hat, berechtigt, dadurch, dass er die Forderungen des Kommissionärs befriedigt, den Verkauf zu verhindern.[13]) Der Verkauf hat unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 zu erfolgen. Der Kommissionär hat weder andere noch weiter gehende Verkaufsrechte als die in Art. 310 bestimmten;[14]) er ist in Beziehung auf die Realisirung seines Pfandrechtes dem Gläubiger eines vertragsmässig schriftlich bestellten kaufmännischen Faustpfandes gleichgestellt;[15]) diese Gleichstellung bezieht sich aber nur auf die Form, nicht auf die Voraussetzung der Realisirung; aus derselben folgt insbesondere nicht, dass, wie das Konventionalfaustpfand schriftlich bestellt, so der Kommissionsvertrag schriftlich abgeschlossen sein müsse. Der Kommissionär hat demnach lediglich die Voraussetzungen seines gesetzlichen Pfandrechtes gemäss Art. 374 zu bescheinigen, also seine Eigenschaft als Kommissionär, die unmittelbare oder mittelbare Detention des Kommissionsgutes, das Vorhandensein einer durch das gesetzliche Pfandrecht gesicherten Forderung, endlich den Verzug des Kommittenten (Art. 375) in Erfüllung seiner Verpflichtung.[16]) Die Bewilligung zum Verkaufe ist bei dem für den Gläubiger zuständigen Handelsgerichte anzusuchen und von diesem zu verordnen. Das Kommissionsgut darf nicht ohne Wissen des Kommittenten verkauft werden; von der Bewilligung und Vollziehung des Verkaufes ist der Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen. Der

---

[10]) Laband IX S. 458, 459.

[11]) So Gad S. 270 u. Anm. 19; Laband IX S. 456.

[12]) Ebenso § 380 ungar. H.G.B.

[13]) Die gerichtliche Deposition des Betrags der Forderungen genügt nicht. Reichsgericht Bd. I Nr. 112.

[14]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 33; Entsch. des österreich. oberst. Ghf. v. 14. Febr. 1878, Wiener Gerichtshalle 22. Jahrg. 1878 Nr. 47.

[15]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 33 S. 116.

[16]) Vgl. Entsch. in Busch Arch. Bd. III S. 101—103 (Komm. u. Adm. Koll. Königsberg), R.O.H.G. Bd. XI Nr. 4, Bd. XIX Nr. 33. Mit Unrecht verlangt Auerbach in Siebenhaars Arch. Bd. XIII S. 134 Schriftlichkeit des Kommissionsgeschäftes; dagegen v. Hahn zu Art. 375; Keyssers S. 411.

Kommissionär, welcher seinen Anspruch auf das Resultat des Pfandverkaufes stützen will, muss seine Klage durch die Behauptung begründen, dass den Vorschriften des Art. 310 genügt, resp. dass und wesshalb deren Beobachtung unterlassen worden sei.[17])

Hinsichtlich der Realisirung des gesetzlichen Pfandrechtes ist in Art. 375 zwar nur Art. 310 allegirt; dadurch ist aber die Anwendbarkeit des Art. 311 H.G.B. nicht ausgeschlossen, wenn der aussergerichtliche Verkauf zwischen Kommittenten und Kommissionär schriftlich vereinbart worden ist; denn der Kommissionär sollte rücksichtlich der Realisirung des Pfandrechtes dem vertragsmässigen Pfandgläubiger überhaupt gleichgestellt werden; es ist aber natürlich, dass der Gesetzgeber zunächst nur id quod plerumque fit ins Auge gefasst, daher über eine solche bei dem gesetzlichen Pfandrechte der Natur der Sache nach seltene Vereinbarung hinsichtlich der Realisirung keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat. Es ist auch kein Grund aufzufinden, welcher die gehörige Vereinbarung zwischen Kommittenten und Kommissionär über aussergerichtlichen Verkauf verwerflich machen könnte.[18])

Art. 374 und 375 legen dem Kommissionär generell nur die Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers bei und sind auch auf den Einkaufskommissionär zu beziehen, der daher ebenfalls die Formen des handelsrechtlichen Pfandverkaufes zu beobachten hat. Das Gesetz wollte den Kommissionär — abgesehen von dem Falle des Eintrittes desselben als Selbstverkäufers — unter jeder Voraussetzung, mag er Eigenthümer der eingekauften Waare werden oder nicht, in durchgreifender Weise verpflichten, nur nach Art eines Pfandgläubigers zu Lasten des Kommittenten zu verkaufen.[19]) Allerdings kann der Kommissionär in allen denjenigen Fällen, in welchen er Eigenthümer der eingekauften Waare geworden und auch dem Kommittenten gegenüber geblieben ist, nicht Pfandrecht an seiner eigenen Sache haben. Es scheint also ein Widerspruch, das ihm das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers beigelegt werde; doch hat diese Vorschrift ihren guten Grund. Hat der Kommissionär den Einkaufsauftrag nicht blos angenommen, sondern ausgeführt und die Ausführung gemeldet, so ist er nicht mehr in der Lage, den Auftrag aufzukünden. Weigert also der Kommittent die Abnahme der Waare und zwar unter Umständen, welche den Eigenthumsübergang auf ihn, namentlich ein constitutum possessorium auf Seite des Kommissionärs, ausschliessen, so war es Aufgabe des H.G.B., den Kommissionär aus dieser üblen Lage zu befreien und seinem Anspruche auf schleunige Erstattung seiner oft beträchtlichen Auslagen an Kaufgeld u. s. w. gerecht zu werden.

---

17) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 194.

18) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 34 S. 121; v. Hahn z. Art. 375; Keyssner S. 411; Anders Goldschmidt l. c. S. a. 1026.

19) R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 73 S. 255; v. Hahn zu Art. 374 § 1, zu Art. 375; Keyssner S. 411, 412; anders Laband l. c. S. 443, 451, Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 137 Note; Goldschmidt, H.B. S. 1026.

Demgemäss ist ihm generelles Deckungsrecht nach Art des Pfandgläubigers im Art. 375 gewährt.[20])

Ist ein Limitopreis für den Verkauf gesetzt und kann derselbe nicht erreicht werden, so ist der Kommissionär desshalb[21]) nicht berechtigt, um seine Vorschüsse ersetzt zu erhalten, ohne Beobachtung des Art. 310 unter dem Limito aus freier Hand zu verkaufen. Zum Schutze seines Pfandrechtes darf der Kommissionär überhaupt nicht von der Ordre des Kommittenten abweichen; er ist auf die Rechte des Art. 375 beschränkt. Reichen diese nicht aus, so hat er den Zufall zu tragen, welcher das Pfandrecht beeinträchtigt. Der Kommittent ist allerdings im Allgemeinen zu keiner Maassregel befugt, welche dem Kommissionär das gesetzliche Pfandrecht entzieht; allein daraus folgt nicht, dass es dem Kommissionär zustehe, dem Kommittenten vorzuschreiben, wie er über das Gut zu verfügen habe.[22])

§ 320.

b. Verhältniss zum dritten Kontrahenten.[1])

Der Kommissionär schliesst als solcher **im eigenen Namen ab;** er ist daher persönlich Gläubiger und Schuldner des Dritten, mit dem er das Geschäft abgeschlossen; diesem gegenüber kommt **nur der Kommissionär,** nicht der Kommittent in Betracht. Der dritte Kontrahent hat alle jene Rechte, welche er sonst hätte, wenn der Kommissionär das Geschäft nicht nur im eigenen Namen, sondern auch für eigene Rechnung abgeschlossen hätte. Gegenüber dem dritten Kontrahenten ist der Kommissionär überhaupt nicht als Kommissionär, sondern lediglich wie irgend ein anderer Kaufmann zu betrachten, der für eigene Rechnung gekauft oder verkauft oder ein sonstiges Handelsgeschäft abgeschlossen hat. Der in der Kommission gelegene handelsrechtliche Auftrag des Kommittenten wirkt überhaupt nicht nach aussen, sondern beschränkt seine Wirkung auf das **innere** Verhältniss zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär; zwischen diesen beiden hat er aber zur Folge, dass das von dem Kommissionär abgeschlossene Geschäft in keinem Augenblicke als für Rechnung des Kommissionärs, sondern sofort als für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen gilt, so dass dem Kommittenten allein der Gewinn zuzukommen, wie ihn auch allein der Verlust zu treffen hat. Das eigentliche Subjekt, welches das Geschäft in Wahrheit angeht, bleibt im Hintergrund; an dessen Stelle ist der Kommissionär getreten, also ein Subjekt, welches nur für fremde Rechnung, wenn auch im eigenen Namen, gehandelt hat; der dritte Kontrahent hat es aber nur mit diesem Subjekte zu thun; darauf beruht die Bestimmung (Art. 360 al. 2), dass durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit dem Dritten schliesst, er allein berechtigt und verpflichtet werde. Der Kommissionär allein hat demnach eine

---

[20]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 33 S. 116.

[21]) Also abgesehen von den Fällen der Art. 363 u. 366 H.G.B.

[22]) R.O.H.G. Bd. VI Nr. 70 S. 312.

[1]) Grünhut l. c. S. 324—343.

Klage gegen den dritten Kontrahenten; gegen ihn allein kann von dem Dritten geklagt werden.[2])

Dies gilt auch dann, wenn der Kommissionär beim Vertragsschluss sogar insbesondere darauf hingewiesen, dass er Kommissionär sei, also für Rechnung eines Anderen handle, oder wenn er den Namen des Kommittenten, für dessen Rechnung das Geschäft abgeschlossen wird, im Verlaufe seiner Verhandlungen mit dem Dritten als **Kommittenten** genannt hat; ja sogar, wenn der Kommissionär von dem Kommittenten bei dem Abschlusse des Geschäftes selbst begleitet worden wäre, wenn der Kommittent bei der Einkaufskommission vielleicht selbst die Waare gewählt hätte u. s. w.; denn wenn auch die dem Dritten gemachte Mittheilung über den erhaltenen Auftrag, die Erwägung, dass hinter dem Kommissionär ein kreditwürdiger Kommittent stehe, für den Dritten bestimmend gewesen sein mag, um das Geschäft mit dem Kommissionär abzuschliessen, so kommt dieser Umstand, als blosses Motiv der Handlung, juristisch nicht weiter in Betracht und kann für sich allein nicht genügen, um zwischen dem Dritten und dem Kommittenten direkte Rechtsbeziehungen zu begründen.

In Folge dieser Rechtslage kann zwar der Kommittent die Interessenklagen wegen Nichterfüllung des Geschäftes nur dann anstellen, wenn der Kommissionär ihm die kontraktlichen Rechte abgetreten hat; keineswegs aber bedarf der Kommissionär, um sich zur Anstellung dieser Interessenklagen zu legitimiren, der Cession der Rechte des Committenten; eine solche Cession ist unmöglich, weil ja der Kommissionär im eigenen Namen kontrahirt, daher auch allein dem Gegenkontrahenten als berechtigt gegenübersteht, die kontraktlichen Rechte also unmittelbar geltend zu machen befugt sein muss.[3])

Eine weitere nothwendige Folge ist die, dass dasjenige, was der Kommissionär dem dritten Kontrahenten, dem er die Waare des Kommittenten verkauft hat, aus persönlicher Causa schuldet, gegen dasjenige aufgerechnet werden kann, was der Dritte ihm für Rechnung des Kommittenten schuldet, also gegen eine für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung des Kommissionärs und dass umgekehrt dasjenige, was der Kommissionär einem Dritten (demjenigen z. B., von dem er eingekauft hat) für Rechnung des Kommittenten schuldet, gegen dasjenige aufgerechnet werden kann, was der Dritte ihm persönlich schuldet; es handelt sich hier immer um eine compensatio debiti proprii.[4])

Zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Kommittenten bestehen keine direkten obligatorischen Beziehungen, so dass der eine gegen den anderen nur

---

[2]) R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 55 S. 249: Der Kommittent kann das für seine Rechnung vom Kommissionär geschlossene Rechtsgeschäft dem dritten Kontrahenten gegenüber wegen eines von diesen ihm, dem Kommittenten, gegenüber verübten dolus causam dans oder wegen eines in ihm erregten wesentlichen Irrthums nicht anfechten. Laband in Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 198. v. Hahn zu Art. 360 § 15, zu Art. 368. Früher war es streitig, ob und unter welchen Voraussetzungen actiones utiles zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Kommittenten stattfinden könnten.

[3]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 86 S. 257.

[4]) Zimmermann im Neuen Arch. f. H.R. I S. 81; Thöl, Ausgew. Entsch. Nr. 11, 13.

mit der abgetretenen Klage des Kommissionärs auftreten kann, daher gegen diese Klage alle Einwendungen zulässig sind, welche einerseits von Seite des Kommittenten, andererseits von Seite des dritten Kontrahenten der Klage des Kommissionärs hätten entgegengesetzt werden können; der Kommissionär ist aber nur berechtigt, seine Ansprüche gegen den Kommittenten an den dritten Kontrahenten auf dessen Verlangen abzutreten, nicht aber ist er dazu verpflichtet.

Der dritte Kontrahent creditirt nur dem Kommissionär, folgt seiner fides, hat daher nur ihn zum Schuldner; ihm gegenüber hat der Kommissionär allein zu erfüllen; im Konkurse des Kommissionärs hat der dritte Kontrahent nur das Recht auf eine Dividende, wie jeder andere Gläubiger; er kann z. B. nicht von dem Kommittenten den dem Kommissionär geschuldeten Kaufpreis für sich beanspruchen, er hat in keinem Falle eine direkte Klage gegen den Kommittenten; er muss sich gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs den Eintritt jener rechtlichen Folgen gefallen lassen, welche aus der formell vom Kommissionär nach aussen eingenommenen Rechtsstellung hervorgehen.

Gegenüber dem dritten Kontrahenten erscheint der Kommissionär allein als der Forderungsberechtigte; nichts steht aber im Wege, dass der Kommissionär diese seine Forderung gegen den dritten Kontrahenten dem Kommittenten abtrete; allerdings erfordert es seine Sicherheit, dass diese Forderung, wenn nicht durch ihn, so doch nur mit seinem Willen geltend gemacht werde; er muss insbesondere, als Verkaufskommissionär, darauf bedacht sein, den Kaufschilling selbst einzuziehen, um sich daraus bezahlt zu machen, als Einkaufskommissionär, die Waare in seine Hand zu bekommen, um sein gesetzliches Pfandrecht an derselben geltend machen zu können. Dessenungeachtet ist die Abtretung actione mandati auch erzwingbar (Art. 361 Schlusssatz), wobei in Folge des durch Art. 374 al. 2 eingeräumten vorzugsweisen Befriedigungsrechtes das berechtigte Interesse des Kommissionärs genügend gewahrt ist; jedenfalls kann der Kommittent dem dritten Schuldner gegenüber die Forderung erst nach der — freiwilligen oder erzwungenen — Abtretung geltend machen (Art. 368 Abs. 1, der nur als eine Konsequenz des Art. 360 Abs. 2 erscheint); der Kommittent macht aber dann eben nicht ein eigenes, sondern ein von dem Kommissionär abgeleitetes Forderungsrecht geltend und muss sich daher alle Einwendungen gefallen lassen, welche der dritte Kontrahent dem Kommissionär hätte entgegensetzen können.

Im Verhältniss nach **innen** zwischen Kommittenten und Kommissionär selbst aber gilt der Kommittent als der Forderungsberechtigte; denn der Kommissionär ist dem dritten Kontrahenten gegenüber nur in Folge des Auftrages und zwar in der Regel desshalb als Kontrahent aufgetreten, um den Abschluss der Operation zu Gunsten des Kommittenten zu erleichtern; er hat nicht für seine eigene Rechnung kontrahirt, sondern nur für Rechnung und im Interesse des Kommittenten; er hat als Verkaufskommissionär insbesondere nicht seine Waare, sondern die Waare seines Kommittenten verkauft. Stellt daher der Kommissionär die Klage gegen den dritten Kontrahenten auf Ersatz des Interesses wegen des durch die Nichterfüllung des mit diesem abgeschlossenen Vertrages erwachsenen

Schadens, so kommt, abgesehen von besonderen Umständen, der vom Kommittenten erlittene Schaden in Betracht,[5]) da der Kommittent es ist, für dessen Rechnung und in dessen Interesse kraft des zwischen ihm und dem Kommissionär bestehenden Mandatsverhältnisses der Vertrag geschlossen worden ist.

Der Kommissionär hat daher ab initio die Forderung gegen den dritten Kontrahenten materiell als eine Forderung des Kommittenten erworben, der ja auch die Gefahr dieses Erwerbes zu tragen hat; es handelt sich von vornherein nicht um eine in bonis des Kommissionärs befindliche, in Wahrheit einen Bestandtheil seines eigentlichen Vermögens bildende Forderung, welche er zu seinem eigenen Vortheil gelten zu machen berechtigt wäre; der Kommissionär hat vielmehr den Vermögenswerth, der ihm auf Grund dieser Forderung geschuldet wird, nur zu empfangen, um ihn dem Kommittenten als dem eigentlich Berechtigten herauszugeben. So lange nun der Kommissionär in Ansehung dieser Forderung den Interessen des Kommittenten nicht zuwider handelt, so lange er insbesondere zahlungsfähig bleibt, ist der latente Widerspruch zwischen der formellen Rechtsstellung des Kommissionärs und der materiellen Rechtslage unschädlich; der Kommittent hat kein Interesse daran, aus seinem Inkognito herauszutreten und die aus dem Kommissionsgeschäfte formell für den Kommissionär gegen den Dritten erwachsene Forderung offen als **seine** Forderung in Anspruch zu nehmen; anders aber, wenn der Kommissionär über die von ihm für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung eine dem Interesse des Kommittenten zuwiderlaufende Verfügung träfe, insbesondere auch, wenn er zahlungsunfähig würde; hier ist es durch Treu und Glauben geboten, das streng juristische Prinzip, dass der Kommissionär allein aus dem mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossenen Geschäfte forderungsberechtigt sei und dass der Kommittent dieses Forderungsrecht des Kommissionärs erst durch dessen Abtretung erwerbe, zu durchbrechen, und die an die formelle Stellung des Kommissionärs geknüpften rechtlichen Folgen mit den berechtigten Interessen des Kommittenten juristisch zu versöhnen, ohne aber die für den dritten Kontrahenten durch den Abschluss des Geschäftes mit dem Kommissionär entsprungenen Rechte irgendwie zu beeinträchtigen, den Kommittenten daher nur, soweit der dritte Kontrahent nicht betheiligt ist, also lediglich im Verhältniss zum Kommissionär und zu dessen Gläubigern, als den einzigen und wahren Gläubiger zu behandeln. Es wäre offenbar ungerecht, wenn der Kommissionär über das gegen den dritten Kontrahenten auf Leistung irgend eines Vermögenswerthes erworbene Forderungsrecht, welches sich doch nur scheinbar in seinem Vermögen befand, gestützt auf eine formelle juristische Basis, in einer für den Kommittenten rechtlich direkt unangreifbaren Weise zu verfügen, oder wenn ein Gläubiger des Kommissionärs sich zum Nachtheile des Kommittenten aus diesem Vermögenswerthe zu befriedigen vermöchte. Der Kommittent ist daher ipso jure

---

[5]) Hahn zu Art. 368; Zimmermann l. c. R. S. 48—82, bes. S. 62 ff.; Seuffert Arch. XI S. 49, 50; Thöl, Ausg. Entsch. N. 13, 15, R.O.H.G. Bd. XI Nr. 86 S. 256, 260, Bd. XIV Nr. 123 S. 400, Bd. XVII Nr. 21 S. 78, Bd. XXII Nr. 55 S. 253 eod. Nr. 66 S. 302.

berechtigt, Forderungen, welche aus dem in Folge der Kommission mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossenen Geschäfte formell für den Kommissionär begründet sind, sowohl gegenüber diesem, als auch gegenüber den anderen Gläubigern des Kommissionärs, also in und ausser dem Konkurse des letzteren, als einen in Wahrheit zu seinem und nur scheinbar zum Vermögen des Kommissionärs gehörigen Bestandtheil zu seinem ausschliesslichen Vortheile als der eigentlich Berechtigte in Anspruch zu nehmen und daher einerseits unberechtigten Verfügungen des Kommissionärs über diese Forderungen entgegenzutreten, andererseits dieselben der anderweitigen Gläubigerschaft des Kommissionärs zu entziehen und sich mit Bevorzugung vor derselben aus den separirten Forderungen zu befriedigen.[6]) Der bis dahin geheim gebliebene Auftrag wirkt nun gleichsam nach aussen, ohne dass aber im Erfolge ganz dasselbe Resultat erzielt würde, als ob der Kommissionär nicht im eigenen Namen, sondern im Namen seines Kommittenten gehandelt hätte; denn der Kommittent ist nicht berechtigt, mittelst direkter Klage (a⁰. utilis) von dem Dritten die geschuldete Leistung zu verlangen,[7]) als ob der dritte Kontrahent in demselben Umfange, wie gegenüber dem Kommissionär, so nunmehr gegenüber dem Kommittenten als Schuldner anzusehen wäre; es würde dem eigentlichen Gegensatze, welcher zwischen Abs. 1 und 2 Art 368 nach der Fassung des Gesetzes hervorgehoben werden wollte, entschieden widersprechen, wenn das aus dem Kommissionsgeschäfte für den Kommissionär entstandene Forderungsrecht dem Kommittenten als ein von Rechtswegen kraft fingirter Cession auf ihn übergegangenes Forderungsrecht auch gegen den dritten Kontrahenten zuerkannt werden wollte, mit dem der Kommissionär im eigenen Namen abgeschlossen hat; nicht diesem, sondern nur dem Kommissionär und seinen Gläubigern gegenüber gilt der Kommittent als der eigentlich Forderungsberechtigte. Das rechtliche Interesse des dritten Kontrahenten wird durch das Separationsrecht des Kommittenten durchaus nicht beeinträchtigt; der Kommittent wird ja nicht als Gläubiger in das obligatorische Verhältniss zwischen dem Kommissionär und dem Dritten hineingeschoben; wäre dies der Fall, so würde es dem Dritten allerdings vielleicht darauf ankommen, gerade Schuldner des Kommissionärs zu bleiben und nicht Schuldner des Kommittenten zu werden; allein die zu Gunsten des Kommittenten separirte Forderung bleibt dem Dritten gegenüber immer die Forderung des Kommissionärs; ihm kann es gleichgültig sein, ob das, was er als Erfüllung zu leisten hat, dem Kommissionär, resp. dessen Gläubigerschaft, oder ausschliesslich dem Kommittenten zufalle; die Einwendungen, welche ihm als Schuldner gegen den Kommissionär zustehen,

---

[6]) Vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 2 S. 20 ff.: „Dieses im H.G.B. anerkannte Vorrecht des Kommittenten auf die ausstehenden Kaufgelder karakterisirt sich, gleich dem verwandten und gleichzeitig entwickelten Verfolgungsrechte des unbezahlten Verkäufers, als ein Separationsrecht gegenüber den anderweitigen Gläubigern des Kommissionärs und wird, wie jenes, in den Konkursordnungen zu den Vindikationsansprüchen gezählt.“ Goldschmidt, Gutachten 104, H.B. § 66 Note 15 § 105 Nr. 12; Laband l. c. IX 454; Hahn, Komm. zu Art. 368; Endemann H.R. § 167 Note 10.

[7]) Laband l. c. S. 457, 458; Dernburg, Preuss. Privr. § 185 Note 16.

insbesondere eine dem Kommissionär gegenüber begründete Einrede der Zahlung, der Kompensation, oder wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Waaren u. s. w. bleiben auch gegenüber der separirten Forderung des Kommittenten wirksam.

Für den Kommittenten ist es von grosser Wichtigkeit, sich zu vergewissern, ob bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Kommissionärs der dritte Kontrahent die Erfüllung noch ganz oder zum Theile schulde; wenn er, wie dies gewöhnlich der Fall ist, den Namen des dritten Kontrahenten überhaupt nicht kennt, so wird nun sein Recht Rechenschaftsablage, daher auch Nennung des Namens des dritten Kontrahenten verlangen zu können, von grosser Bedeutung. So lange der Kommittent, der die Forderung des Kommissionärs für sich in Anspruch genommen hat, dem dritten Kontrahenten gegenüber nicht die entsprechenden Sicherheitsmaassregeln, namentlich Arrestlegung, Verbot ergreift und auf diese Weise der Erfüllung an den Kommissionär sich wirksam widersetzt, kann sich der dritte Kontrahent gegenüber dem Kommissionär als seinem Gläubiger durch alle gesetzlichen Tilgungsarten, z. B. Kompensation mit einer in der Zwischenzeit entstandenen Gegenforderung gültig liberiren. Die Forderung gegen den dritten Kontrahenten ist dann erloschen, daher auch für den Kommittenten das Objekt der Separation weggefallen.

Durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommissionärs hat der Kommittent das ausschliessliche Recht erworben, die Forderung gegen den dritten Kontrahenten für sich zu beanspruchen; er kann die Uebereignung oder Herausgabe des Kaufpreises fordern, soweit derselbe nicht **vor** der Konkurseröffnung zwischen dem Gemeinschuldner und dem Käufer berichtigt worden ist.

§ 321.

c. Die Delcredere-Haftung des Kommissionärs.[1])

Der Kommissionär hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verfahren. Ist dies geschehen,[2]) so steht das dem Auftrage gemäss abgeschlossene Geschäft auf Gefahr des Kommittenten. Durfte der Kommissionär als ordentlicher Kaufmann zur Zeit des Vertragsabschlusses Erfüllungsfähigkeit des dritten Kontrahenten annehmen, so hat der Kommittent allein die Gefahr der Erfüllungsunfähigkeit zu tragen; der Kommissionär haftet nur dafür, dass die Forderungen (nomina), welche er für Rechnung des Kommittenten gegen den dritten Kontrahenten erworben, richtig (vera), nicht aber, dass sie realisirbar (bona) seien: er kann den Kommittenten durch Cession der für dessen Rechnung aus dem auftragsmässig abgeschlossenen Geschäfte erworbenen Forderungsrechte an den dritten Kontrahenten verweisen. Bei Kreditgeschäften schwebt daher der Kommittent stets, wenn auch der Kommissionär die volle Sorgfalt eines ordentlichen

[1]) Grünhut l. c. S. 344—367.

[2]) Anders wenn eine culpa des Kommissionärs vorliegt, z. B. Gewährung einer zu langen Frist für die Erfüllung oder Abschluss mit einem auf dem betreffenden Platze als schlechtem Zahler bekannten Käufer.

Kaufmannes beobachtet hat, mehr oder weniger in Gefahr, die Zahlung oder anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten entweder gar nicht oder nicht vollständig oder nur mit rechtswidriger Verzögerung zu erhalten. Im Interesse des Kommittenten musste es gelegen sein, ein Mittel zu finden, um dieser Gefahr zu entgehen, und bei dem Kommissionär selbst eine Garantie für die prompte und anstandslose Abwickelung des abgeschlossenen Geschäftes zu erlangen. Dieser Zweck wird durch das stare del credere erreicht.

In der Regel beruht das del credere auf einer besonderen Uebereinkunft, vermöge welcher der Kommissionär die Gefahr des Einganges der für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen auf sich nimmt und demselben die pünktliche Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten verspricht; unter Umständen besteht es schon kraft des Gesetzes. In Folge dieser Garantiepflicht kann nun der Kommittent von dem Kommissionär nicht wider seinen Willen an den dritten Kontrahenten verwiesen werden; er kann wohl die Abtretung der Rechte gegen den Dritten fordern, er braucht sich aber mit dieser Abtretung nicht zu begnügen. Der Kommissionär hat nun das grösste Interesse daran, nur mit solchen Personen abzuschliessen, von welchen er die Ueberzeugung hegt, dass sie sowohl die Fähigkeit als auch den Willen haben, die Erfüllung gehörig zu leisten. Für diese Garantiepflicht gebührt dem Kommissionär, wenn nichts Anderes ausdrücklich oder stillschweigend z. B. gemäss dem bestehenden Geschäftsgebrauch vereinbart worden ist, eine besondere Vergütung, welche neben und unabhängig von der Provision zu leisten ist,[3]) Delcredere-Provision oder blos Delcredere genannt (Art. 370 Abs. 3 H.G.B.).[4])

Das Delcredere kommt im Kommissionsverkehr zumeist bei der Verkaufskommission vor als Haftung für Bezahlung des Kaufpreises. es findet sich aber auch in der Praxis nicht selten bei der Einkaufskommission als Haftung für die Lieferung des Gutes; auch sonstige Kommissionäre z. B. der Assekuranz-Kommissionär, der Spediteur können del credere stehen.

Der Delkredere-Vertrag kann ausdrücklich oder stillschweigend und unter verschiedenen Modalitäten z. B. nur rücksichtlich eines Theiles der von dem dritten Kontrahenten zu machenden Leistung geschlossen werden. Es ist quaestio facti, ob insbesondere aus der Höhe der bedungenen Provision, aus dem Umstande, das der Kommissionär in seiner früheren Geschäftsverbindung mit dem Kommittenten stets für den dritten Kontrahenten eingestanden, die Uebernahme der Delcredere-Verpflichtung abgeleitet werden kann. Auch in Ermangelung einer besonderen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vereinbarung steht der Kommissionär kraft Rechtsnothwendigkeit del credere, wenn dieses am Orte seiner Handelsniederlassung Handelsgebrauch ist (Art. 370 H.G.B).

In Folge des stare del credere haftet der Kommissionär für die Erfüllung von Seite des dritten Kontrahenten, mit dem er das aufgetragene Geschäft abgeschlossen; er trägt gegen Provision die Gefahr aus der Kreditgebung und ist

---

[3]) Laband in Zeitschr. f. H.R. Bd. 17 S. 504, Keyssner, Komm. S. 405.

[4]) Ebenso ungar. H.G.B. § 377. Zuweilen das Doppelte der gewöhnlichen Provision.

verpflichtet, in Ermangelung der Erfüllung von Seiten des dritten Kontrahenten, sei es im Falle der Zahlungsfähigkeit oder des Verzuges in der Erfüllung, selbst zu erfüllen, macht so den Kommittenten von der Erfüllung durch den dritten Kontrahenten ganz unabhängig, und garantirt ihm insoweit den Erfolg des für seine Rechnung ausgeführten Geschäftes, so dass es den Kommittenten gar nichts mehr angeht, wenn der Kommissionär dem dritten Kontrahenten Kredit gewährt hat.

In der Delcredere-Vereinbarung liegt daher neben dem Kommissionsvertrage und ohne Umformung der juristischen Natur dieses Vertrages, insbesondere ohne Umänderung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, der Abschluss eines accessorischen Vertrages — accessorisch insoferne, als er nothwendig die Existenz eines Kommissionsvertrages voraussetzt und mit diesem, als dem Hauptvertrage, namentlich bei Widerruf der Kommission, fällt — und zwar eines kaufmännischen **Bürgschaftsvertrages** (Art. 281 Abs. 2, Art. 273), resp. der Kommissionär wird, wo das stare del credere nicht Folge einer besonders darauf gerichteten Vereinbarung ist, unter Umständen ipso jure als kaufmännischer Bürge angesehen. [5]) Gegen die Auffassung des Delcredere als Bürgschaft lässt sich nicht geltend machen, [6]) dass es nicht als accessorische Obligation zu einer zwischen dem Kommittenten als Gläubiger und dem dritten Kontrahenten als Schuldner bestehenden Hauptobligation hinzutrete, da ja zwischen dem Kommittenten und dem dritten Kontrahenten überhaupt eine direkte obligatorische Beziehung nicht bestehe, indem der Kommissionär im **eigenen** Namen kontrahire, der dritte Kontrahent daher als Schuldner nur dem Kommissionär **allein** als Gläubiger und nicht dem Kommittenten verpflichtet sei; denn die gegen den dritten Kontrahenten formell für den Kommissionär begründete Forderung hat im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und Kommissionär kraft des Gesetzes (Art. 368 Abs. 2), auch wenn sie nicht abgetreten ist, als Forderung des Kommittenten zu gelten, ist daher juristisch vollkommen geeignet, als Hauptschuld und Objekt einer Bürgschaft des Kommissionärs zu fungiren. Der letztere übernimmt gegenüber dem Kommittenten, welcher nicht nur der materiellen Sachlage nach, sondern auch dem Gesetze nach ihm gegenüber als Gläubiger des dritten Kontrahenten gilt, die Verpflichtung, für die fremde Verbindlichkeit, für die Schuld des dritten Kontrahenten, einzustehen.

Was die Rechtswirkungen des stare del credere betrifft, so bestimmt das Gesetz (Art. 370 Abs. 2), „dass der Kommissionär dem Kommittenten für die gehörige Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalles unmittelbar und persönlich insoweit verhaftet ist, als solche aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.“ [7]) Der del credere stehende Kommissionär haftet daher als Bürge nicht nur dafür, dass die Hauptschuld, d. h. die von ihm für

---

[5]) Ebenso Heise S. 42 B. N. 4, § 147 rev. österr. Entw., § 377 ungar. H.G.B., Goldschmidt in s. Zeitschr. Bd. 23 S. 328; s. auch R.O.H.G. Bd. V Nr. 79 S. 354, 355.

[6]) So Treitschke S. 28.

[7]) Ebenso ungar. H.G.B. § 376.

Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung **überhaupt** Erfüllung finden, sondern auch dafür, dass die Erfüllung gerade zu dem bestimmten, vereinbarten Zeitpunkte erfolgen werde. Ist dieser Zeitpunkt herangekommen und erfolgt die Erfüllung nicht rechtzeitig, so ist der Kommittent nicht verpflichtet, sich, bevor er den del credere stehenden Kommissionär in Anspruch nimmt, an den Schuldner zu wenden, gegen den ihm ja ein direktes Forderungs- und Klagerecht überhaupt nicht zusteht; ebensowenig, wie sonst dem kaufmännischen Bürgen (Art. 281 Abs. 2), steht dem Kommissionär eine Einrede der Vorausklage (exceptio excussionis) zu. Der Kommittent ist daher berechtigt, sich wegen der Erfüllung direkt an den Kommissionär zu halten, sobald das im Bürgschaftsvertrage vorgesehene ungünstige Ereigniss, sei es die Erfüllungsunfähigkeit des dritten Kontrahenten oder eine Verzögerung der Erfüllung, verwirklicht ist. Die Gefahr der Kreditgebung erscheint dem Kommittenten nur dann vollständig abgenommen, wenn der del credere stehende Kommissionär die Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten, so wie es dieser zu thun verpflichtet wäre, im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar erfüllt. Im Handelsverkehr, wo jeder Aufschub in der Realisirung einer Forderung gefahrbringend sein kann, muss der Kommittent darauf bedacht sein, sich den Eingang der Zahlung, resp. der Erfüllung zur bestimmten Zeit zu sichern; der in der Erwartung pünktlicher Erfüllung getäuschte Kommittent sieht sich eben dadurch schon jenen nachtheiligen Folgen der Kreditgebung ausgesetzt, gegen welche er sich durch den Bürgschaftsvertrag schützen wollte. Ist daher der für die Erfüllung bestimmte Zeitpunkt herangekommen, so ist der Kommittent dadurch allein schon und ohne dass er früher etwa den Erfolg eines von dem Kommissionär bei dem dritten Kontrahenten gemachten Realisirungsversuches abzuwarten oder mit der cedirten Klage des Kommissionärs selbst aufzutreten braucht, berechtigt, die Erfüllung direkt vom Kommissionär zu beanspruchen.

Die Haftung des del credere stehenden Kommissionärs für die Erfüllung ist aber keineswegs eine absolute und ausnahmslose in dem Sinne, als ob sie in jedem Falle ohne Rücksicht auf den Grund, aus welchem der dritte Kontrahent nicht geleistet, stattfände; es kommen ihm vielmehr gegen die Forderung des Kommittenten auf Erfüllung der Verpflichtung jene Einwendungen zu statten, welche ihm selbst gegenüber aus der Hauptschuld, aus dem für Rechnung des Kommittenten abgeschlossenen Vertrage, für den dritten Kontrahenten erwachsen sind, namentlich Einwendungen, welche auf einem Verschulden des **Kommittenten** beruhen,[8]) nicht aber solche Einwendungen, welche der dritte Kontrahent gegen die Forderung des Kommissionärs auf Erfüllung der Verpflichtung wegen eines Verschuldens des **Kommissionärs** vorzubringen berechtigt wäre, ebensowenig solche Einwendungen, welche nur auf Grund eines besonderen, von dem für Rechnung des Kommittenten hervorgerufenen Vertragsverhältnisse unabhängigen, blos zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Kommissionär bestehenden Rechtsverhältnisses entgegengesetzt werden könnten.

[8]) v. Hahn zu Art. 370. So die exceptio non adimpleti contractus; vgl. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 61 S. 187.

Bestreitet der Kommissionär überhaupt die Existenz der Hauptschuld, also der Forderung, rücksichtlich deren Erfüllung er del credere gestanden ist, so hat der Kommittent dieselbe zu beweisen.[9])

Durch das Delcredere werden die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär durchaus nicht verändert; früher nahm man, namentlich in der Handelswelt, zu weitgehend an, dass durch das del credere-Stehen des Kommissionärs jede Kommission von selbst in ein Propregeschäft übergehe, so als ob z. B. der aufgetragene, mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossene Kaufvertrag unmittelbar zwischen Kommittenten und Kommissionär geschlossen worden wäre. Diese Auffassung beruhte auf einer Verkennung des Wesens des stare del credere; die Folge desselben ist nur, dass der Kommissionär gegen besondere Vergütung dem Kommittenten alles dasjenige schuldet, was ihm, dem Kommissionär, von dem Dritten zur Verfallzeit aus dem Vertragsverhältniss hätte geleistet werden sollen, wenn auch nicht geleistet worden ist; der del credere stehende Kommissionär schuldet aber nicht aus demselben Rechtsgrunde wie der dritte Kontrahent, sondern aus einem besonderen Rechtsgrunde; es ist nicht so anzusehen, als ob er selbst als Schuldner in das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft eingetreten wäre, als ob z. B. der mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossene Kaufvertrag nun ihn selbst als Käufer oder Verkäufer anginge,[10]) vielmehr verbleibt der Kommissionär in der rechtlichen Stellung eines Mandatars und vereinigt nur damit gleichzeitig die rechtliche Qualität eines kaufmännischen Bürgen, vermöge welcher er verpflichtet ist, eintretenden Falles dem Kommittenten persönlich und direkt jene Forderung zu erfüllen, welche als Resultat des ihm aufgetragenen Handelsgeschäftes, formell von ihm, jedoch wirthschaftlich für Rechnung des Kommittenten und diesem gegenüber auch juristisch (Art. 368 Abs. 2) als dessen Forderung, erworben worden ist. Beide Eigenschaften, die des Mandatars und des kaufmännischen Bürgen, müssen in der Person des Kommissionärs unterschieden werden, gerade so, als ob nur der Kommissionsvertrag zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, der Delcredere-Vertrag aber nicht als Accessorium desselben, sondern zwischen dem Kommittenten und irgend einer von dem Kommissionär verschiedenen Person geschlossen worden wäre. Als Mandatar ist auch der del credere stehende Kommissionär verpflichtet, dem Kommittenten Rechenschaft zu geben, insbesondere auch denjenigen Differenzbetrag gegenüber dem Limito zu Gute kommen zu lassen, um den er etwa theuerer an den Dritten verkauft oder billiger von dem Dritten eingekauft hat, ferner dem Kommittenten die erforderlichen Auskünfte zu ertheilen, insbesondere auch unter Umständen den Namen des dritten Kontrahenten zu nennen,[11]) also z. B. bei der Verkaufskommission den Käufer der Waare, damit der Kommittent die Richtigkeit des

---

[9]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 61 S. 187 ff.

[10]) Ueber den Unterschied zwischen dem Delcredere-Stehen des Kommissionärs und dem Eintritt desselben als Selbstkontrahenten nach Art. 376 H.G.B. s. unten.

[11]) Endemann, H.R. § 167 Not. 25.

Preises u. s. w. zu prüfen und einer fraus des Kommissionärs zu begegnen in der Lage sei.

Trotz der Delcredere-Haftung des Kommissionärs kann der Kommittent die Forderung gegen den dritten Kontrahenten gemäss Art. 368 Abs. 2 für sich in Anspruch nehmen. Dies wird besonders wichtig, wenn der del credere stehende Kommissionär in Konkurs geräth. Keineswegs ist der Kommittent desshalb, weil er den del credere stehenden Kommissionär als Bürgen angenommen hat, darauf angewiesen, seine Befriedigung lediglich bei der Konkursmasse des Kommissionärs zu suchen; denn durch das Delcredere werden ja die rechtlichen Beziehungen zwischen Kommittenten und Kommissionär nicht verändert; dasselbe fügt ohne weitere Beeinflussung des eigentlichen Kommissionsvertrages zu den Pflichten des Kommissionärs noch eine neue Verpflichtung hinzu, nämlich die Haftung als Bürge für die kreditirte Erfüllung. Während der nicht del credere stehende Kommissionär dem Kommittenten (actione mandati directa) nur verpflichtet ist, das, was er vom dritten Kontrahenten (z. B. ex emto et vendito) als Erfüllung empfangen, herauszugeben, und daher dem Kommittenten die Erfüllung nur dann schuldet, wenn der dritte Kontrahent ihm gegenüber erfüllt hat, so schuldet der del credere stehende Kommissionär die Erfüllung in jedem Falle, mag der dritte Kontrahent ihm selbst gegenüber erfüllt haben oder nicht; bei dem letzteren tritt daher seine Schuldnereigenschaft nur mehr in den Vordergrund. Wenn sich der Kommittent beim Konkurse des nicht del credere stehenden Kommissionärs an die formell von dem letzteren erworbene Forderung zu halten berechtigt ist, so lässt sich durchaus nicht einsehen, warum die Lage des Kommittenten dadurch verschlimmert werden sollte, dass der Kommissionär auch noch del credere gestanden. Nichts ist doch gewisser, als dass der Kommittent die Delcredere-Provision nur desshalb bezahlt, um seine Sicherheit zu vermehren, und weit davon entfernt ist, auf jene Sicherheit zu verzichten, welche er auch ohne das Delcredere gehabt hätte. Der Kommittent wird daher durch das Delcredere keineswegs blos darauf beschränkt, Erfüllung von dem Kommissionär zu fordern; er kann insbesondere bei der Verkaufskommission im Konkurse des del credere stehenden Kommissionärs die Uebereignung des ausstehenden Kaufpreises an Stelle der in Kommission verkauften Waaren verlangen, er braucht sich nicht mit der Dividende aus der Konkursmasse des Kommissionärs zu begnügen. Im Falle des Konkurses des Kommissionärs steht es demnach in der freien Wahl des Kommittenten, ob er in Ansehung der vom dritten Kontrahenten geschuldeten Erfüllung sein Separationsrecht geltend machen oder sich blos an die Konkursmasse des Kommissionärs halten will. Wenn der Kommissionär nicht del credere gestanden ist, so kann der Kommittent nur das eine o d e r das andere thun. Ist auch der dritte Kontrahent in Konkurs gerathen, so hat der Kommittent blos Anspruch auf jene Dividende, welche die Masse des Kommissionärs im Konkurse des dritten Kontrahenten erhält; denn der Kommissionär schuldet seinem Kommittenten nur dasjenige, was er vom dritten Kontrahenten als Erfüllung erlangen konnte, mag dieser Dritte in Konkurs gerathen sein oder nicht. Ist aber der Kommissionär del

credere gestanden, so ist der Kommittent berechtigt, sowohl bei der Konkursmasse des Kommissionärs auf Grund der Bürgschaft als Gläubiger aufzutreten, als auch rücksichtlich der Konkursmasse des dritten Kontrahenten sein Separationsrecht (Art. 368 Abs. 2) geltend zu machen.[12])

Der Kommittent wird seines Separationsrechtes nicht dadurch verlustig, dass der dritte Kontrahent an die **Konkursmasse** des Kommissionärs die Erfüllung geleistet hat; er kann das von derselben als Erfüllung Empfangene im vollen Betrage für sich verlangen, so als ob der Masseverwalter als negot. gestor des Kommittenten, als des eigentlichen Gläubigers, gehandelt hätte, indem er etwas empfangen, was nicht der Konkursmasse, sondern eigentlich dem Kommittenten geschuldet war; doch können etwaige Gegenforderungen des Kommissionärs resp. der Konkursmasse gegen den Kommittenten kompensirt werden. Auch in dieser Beziehung macht es keinen Unterschied, dass der Kommissionär del credere gestanden. Der Umstand, dass sich der Kommittent vom Kommissionär die Erfüllung auch für den Fall ausbedungen, dass sie von dem Dritten nicht erfolgen sollte, ist doch kein genügender Grund, um dann, wenn die Erfüllung erfolgt ist, das als Erfüllung von dem dritten Kontrahenten Geleistete dem Kommittenten vorzuenthalten und es dem Kommissionär oder seiner Konkursmasse zu überlassen.

Wenn der Kommissionär in Folge des übernommenen Delcredere anstatt des dritten Kontrahenten erfüllt hat, so tritt er diesem gegenüber nicht in eine andere rechtliche Stellung; er hat gegen ihn lediglich die Klagen aus dem mit ihm abgeschlossenen Geschäfte, mit welchen er allein seinen Regress nehmen kann, ganz ohne Rücksicht auf das, was er dem Kommittenten als kaufmännischer Bürge für die Erfüllung zu leisten verpflichtet war; denn über diese Verpflichtung entscheidet lediglich der Inhalt der accessorischen, zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär ganz unabhängig von dem dritten Kontrahenten geschlossenen Delcredere-Vereinbarung.

Die Delcredere-Haftung setzt voraus, dass bei dem Abschluss des aufgetragenen Geschäftes Kredit gewährt wird, also eine Hauptschuld und somit das Objekt einer Bürgschaft vorliegt. Aus jeder Kreditgewährung kann für den Kommittenten möglicher Weise eine Gefahr entspringen, für welche der Kommissionär del credere stehen soll; gleichgültig ist es, ob der wirkliche Eintritt der Gefahr z. B. wegen der zweifellosen Kreditwürdigkeit des dritten Kontrahenten oder weil die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Pfand gesichert ist, nicht ernstlich zu befürchten, vielleicht ganz unwahrscheinlich ist. Jede Kreditgebung genügt, auch wenn sie mit einem Tag- und Baargeschäft verknüpft ist, also wenn, obwohl ein Zeit-Lieferungsgeschäft nicht vorliegt, dessenungeachtet die Leistung des dritten Kontrahenten nicht unmittelbar nach der Perfektion zu erfolgen hat. Anders aber in der Regel, wenn unmittelbar nach der Perfektion des Vertrages Zug um Zug geleistet wird. Hat der Kommittent es dem Ermessen des in Folge Vereinbarung oder Handelsgebrauches del credere

---

[12]) R.O.H.G. Bd. IX S. 231.

stehenden Kommissionärs überlassen, ob er auf Kredit abschliessen wolle oder nicht, so ist der Kommissionär berechtigt, je nach dem Interesse des Kommittenten das eine oder das andere zu thun; allerdings liegt nun für den Kommissionär die Versuchung nahe, um den Entgang der Delcredere-Provision zu vermeiden, nur unter Kreditgewährung abzuschliessen, obwohl er im Interesse des Kommittenten auch ohne solche zu ebenso günstigen Bedingungen hätte abschliessen können; andererseits könnte aber der in Folge Vereinbarung oder Handelsgebrauch del credere stehende Kommissionär, wenn er in jedem Falle, auch ohne Kreditgewährung, ein Recht auf die Delcredere-Provision hätte,[13]) sich bestimmt fühlen, den Auftrag nur mit Vermeidung einer Kreditgewährung auszuführen, obwohl er im Interesse des Kommittenten gegen Kreditgewährung zu günstigeren Bedingungen hätte abschliessen können, da er so in der Lage wäre, ohne selbst irgend eine Gefahr zu laufen, eine Provision zu gewinnen. Gegen den einen, wie gegen den anderen Missbrauch ist übrigens der Kommittent dadurch geschützt, dass sich der Kommissionär verantwortlich macht, wenn er eine Gelegenheit, im Interesse des Kommittenten günstigere Bedingungen zu erlangen, durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes versäumt hätte.

§ 322.

4. Auflösung des Kommissionsvertrages.[1])

Die Kommission endigt

a) Aus subjektiven Gründen:

I. Durch die Aenderung des Willens eines der beiden Kontrahenten, sei es den Widerruf des Kommittenten oder die Aufkündung des Kommissionärs.

1. Der **Widerruf des Kommittenten.** Der Auftrag kann von Seite des Kommittenten stets nach Belieben widerrufen werden.[2])

Der Widerruf muss deutlich, er kann aber ausdrücklich oder stillschweigend, auch erst in der Klage selbst[3]) erfolgen. Erfolgt der Widerruf, so sind die Wirkungen desselben verschieden, je nachdem der Kommittent vor oder nach Beginn der Ausführung (re adhuc integra oder postquam res integra esse desiit) widerrufen hat.

Im ersten Falle erlischt der Auftrag so, als ob er niemals existirt hätte; was immer der Kommissionär, nachdem er von dem Widerruf Kenntniss erlangt hatte, vornähme, würde er für seine Rechnung und auf seine Gefahr thun. Die Kenntniss des Widerrufs muss dem Kommissionär gegenüber von dem Kommittenten bewiesen werden, nicht auch der Umstand, dass der Auftrag im Augenblick der Mittheilung des Widerrufs an den Kommissionär noch nicht

---

[13]) So v. Hahn zu Art. 370 § 8.

[1]) Grünhut l. c. S. 368—392.

[2]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101, Bd. XVI Nr. 94 S. 379, Bd. XXIII Nr. 109 S. 324.

[3]) So durch Anstellung der Klage auf Rückgabe des Kommissionsgutes, vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101 S. 381, Bd. XVI Nr. 75 S. 305, eod. Nr. 38 S. 136, eod. Nr. 83 S. 336.

erfüllt gewesen sei.[4]) Sobald das Eintreffen des Widerrufs beim Kommissionär bewiesen wird, ist die Kenntnissnahme von Seite desselben zu präsumiren (Art. 377, 320 des H.G.B.).

Im zweiten Falle, wenn also der Kommissionär mit der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes **begonnen**, daher zu diesem Zwecke überhaupt gehandelt, wenn auch noch nicht sich dem Auftrage gemäss gegen Dritte verpflichtet hat, so dass ihm die vorangegangene Thätigkeit in Folge des Widerrufs Schaden bringen würde,[5]) erlischt der Auftrag für die Zukunft, bleibt aber maassgebend für die Vergangenheit. Der Kommittent hat zwar jederzeit, in welchem Stadium sich auch die Ausführung des Geschäftes befinden mag, das Recht, dem Kommissionär in Beziehung auf die weitere Ausführung die Richtung zu geben, den Auftrag zu modifiziren oder zu widerrufen, selbst wenn er die Anweisung ertheilt hat, das Gut zur Verfügung (Disposition) eines Dritten zu halten oder zu stellen, so lange von Seite des Dritten diese Verfügung nicht ertheilt worden ist;[6]) doch kann er selbstverständlich die dem Kommissionär aus der begonnenen Ausführung bereits erwachsenen Rechte nicht nach Belieben durch seinen Widerruf beeinträchtigen und hat er alles dasjenige als für seine Rechnung geschlossen anzuerkennen, was seinem Auftrage entsprechend bis dahin geschehen ist; es bedarf, um auch dies rückgängig zu machen, eines neuen Vertrages. Jene Rechte und Pflichten, welche zur Zeit des Widerrufs des Auftrags aus dem Kommissionsverhältnisse, sei es für den Kommittenten, sei es für den Kommissionär, bereits entstanden waren, bleiben demnach bestehen. Der Kommissionär hat Anspruch auf Ersatz der in der Zwischenzeit gemachten Auslagen und Verwendungen, auch des schon durch die theilweise Ausführung verursachten Schadens; es steht ihm das gesetzliche Pfandrecht (Art. 374) zu; er kann aber nicht einen seinen Bemühungen angemessenen Theil der Provision verlangen (Art. 371 des H.G.B.). Selbstverständlich müssen die Verwendungen auch bei unvollendeter Ausführung als „nothwendig oder nützlich“ erscheinen, denn sie müssen ja auch bei vollendeter Ausführung diese Natur haben. Die Nothwendigkeit oder der Nutzen ist nach dem Inhalt des nunmehr erloschenen Auftrages und nach dem Umstande zu beurtheilen, inwiefern der ausgeführte Theil als dem Auftrag entsprechend erscheint.

Beruft sich der Kommittent auf den Widerruf des ertheilten Auftrages, so kann der Kommissionär dagegen geltend machen, dass der Widerruf wirkungslos gewesen sei, entweder soweit als er vor dem Eintreffen desselben die Ausführung begonnen oder überhaupt weil er beim Eintreffen den Auftrag bereits vollzogen, z. B. den Kaufvertrag mit dem dritten Kontrahenten bereits abgeschlossen, resp. vor dem Eintreffen des Widerrufs die Anzeige von seinem

---

[4]) R.O.H.G. V. Bd. Nr. 62 S. 282 ff., XVI. Bd. Nr. 75 S. 305.

[5]) Im Falle des Selbsteintrittes nach Art. 376 ist res integra insolange vorhanden, als der Kommissionär die Anzeige als Käufer oder Verkäufer selbst eintreten zu wollen nicht abgewendet hat; nicht genügend ist aber, dass er, wenn er als Selbstkäufer eintritt, die Waare bereits weiter verkauft hat.

[6]) Goldschmidt, Handb. § 66 Not. 30.

Selbsteintritt (Art. 376) bereits abgesendet hatte;[7]) ihn trifft die Beweislast rücksichtlich dieser Behauptung.

Wenn der dritte Kontrahent, obwohl er den erfolgten Widerruf des Auftrages kannte, mit dem Kommissionär kontrahirte, so besteht dessenungeachtet der zwischen ihnen abgeschlossene Vertrag zu Recht, denn für die von dem Kommissionär nach aussen in eigenem Namen begründeten Rechtsverhältnisse ist es gleichgültig, ob der Kommissionär kontrahirte, weil ein Auftrag vorhanden, oder obwohl ein Auftrag nicht vorhanden war. Anders verhält es sich, wenn der Wille des Kommissionärs und des dritten Kontrahenten darauf gerichtet war, dass das vom Kommissionär trotz Widerrufs des Auftrags im eigenen Namen abgeschlossene Geschäft als rescindirt gelten solle, falls der Kommittent es nicht hinterher genehmige.

2. **Aufkündung des Kommissionärs.** Wie der Kommittent einseitig widerrufen, so kann der Kommissionär einseitig aufkünden, und zwar auch formlos durch konkludente Handlungen,[8]) doch der Natur der Sache nach nicht mit der gleichen Freiheit wie der erstere. So berechtigt auch der Grund der Aufkündung sein mag, so bleibt der Kommissionär für den Schaden verantwortlich, den er durch eine rechtzeitige Mittheilung des Rücktrittes an den Kommittenten verhütet hätte.

II. Durch eine die Persönlichkeit, resp. Firma eines der beiden Kontrahenten betreffende Veränderung: Tod, Erlöschung der Firma, rechtliche Unfähigkeit zu selbständiger Vermögensverwaltung, Konkurseröffnung.

1. **Tod des Kommittenten. Erlöschung seiner Firma.** Ist der Kommittent Kaufmann, so erlischt die Kommission durch den Tod des Kommittenten an und für sich nicht; es wäre denn, dass eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgehen würde (Art. 297 des H.G.B.).

2. **Tod des Kommissionärs. Uebergang und Erlöschung seiner Firma.** Auch hier handelt es sich darum, den muthmaasslichen Willen des Kommittenten zu ergründen. Hat der letztere die Wahrung seiner Interessen rücksichtlich des aufgetragenen Geschäftes lediglich der persönlichen Individualität dieses Kommissionärs anvertrauen wollen, so erlischt die Kommission mit dem Tode des Kommissionärs. Allein im Handelsverkehr ist ein solcher Wille des Kommittenten im Zweifel nicht anzunehmen. Der Kommittent ertheilt in der Regel seinen Auftrag nicht blos im Vertrauen auf die Person, sondern auch, und zwar vorwiegend, auf den Geschäftsorganismus und die Firma des Kommissionärs, er will seinen Auftrag durch diese Firma (Handelsetablissement) und keine andere ausführen lassen, umsomehr als der Kommissionär regelmässig unter seiner Firma abzuschliessen hat; daher ist im Zweifel die Kommission nicht schon mit dem Tode des Firmainhabers als erloschen anzusehen.

---

[7]) R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280, Bd. XVI Nr. 75 S. 305.
[8]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 83 S. 336.

b. Aus objektiven Gründen.

Die Kommission erlischt:

I. Durch die **Ausführung** des aufgetragenen Geschäftes.

II. Durch die **Unmöglichkeit der Ausführung**, also wenn das aufgetragene Geschäft in Folge eines, das Objekt der Kommission betreffenden, physischen oder juristischen Ereignisses in keiner Weise und von Niemandem erfüllt werden kann, insbesondere wenn das Objekt durch Zufall zerstört oder dem Verkehr entzogen worden ist.

Der Kommissionär hat die Unmöglichkeit der Ausführung zu beweisen.[9])

C. Die besondern Arten der Kommission.

1. Die Verkaufs- und Einkaufs-Kommission.[1])

§ 323.

a. Die Ueberschreitung des Limitopreises.

aa. Bei der Verkaufskommission.

Verkauft der Kommissionär unter dem Limitopreise, weil es überhaupt unmöglich war denselben zu erreichen, so ist der Kommittent wegen dieser Abweichung von der **imperativen** Instruktion nicht verpflichtet, das Geschäft als für seine Rechnung abgeschlossen gelten zu lassen. Der Kommissionär soll sich des Verkaufes enthalten, wenn er nicht wenigstens das Limito erreichen kann; die Waare soll in einem solchen Falle unverkauft und zur Verfügung des Kommittenten bleiben, der ja durch den Verkauf wenigstens zum Limitopreise in der Regel eine Spekulation realisiren will. Während aber bei dem über dem Limitopreise erfolgten Einkaufe das Interesse des Kommittenten durch die Zurückweisung des Geschäftes möglicherweise vollständig gewahrt erscheint, ist dies bei der Verkaufskommission dann nicht der Fall, wenn der Kommittent durch den auftragswidrigen Verkauf seiner bereits in der Hand des Kommissionärs sich befindenden Waare eine Vermögensminderung erlitten hat; er hat daher das Recht, für dieselbe einen Ersatz zu beanspruchen. Der Kommissionär verkauft ohne Auftrag, ja sogar gegen den gültig erklärten Willen des Kommittenten, die dem letzteren gehörige Sache; er ist daher negot. gestor, doch hat der Kommittent als dominus die a°. negot. gest. dir. lediglich auf Vergütung des Unterschiedes zwischen dem erzielten und dem von ihm gesetzten Minimalpreise (Art. 363 des H.G.B.).[2]) Der Kommissionär muss diesen Unterschied vergüten, auch wenn er den übrigens beinahe unmöglichen Beweis erbringen könnte, dass der Kommittent in keinem Falle trotz der möglichen Aenderung der Konjunkturen mehr als den von ihm erzielten Preis und dass er insbesondere den Limitopreis nicht hätte erlangen können.

---

[9]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 67 S. 211 (für den Spediteur).

[1]) Grünhut l. c. S. 393—510; über die Wechselgeschäftskommission S. 511—523.

[2]) Ebenso § 370 ungar. H.G.B.

Der Kommittent muss aber auch für berechtigt gehalten werden,[3]) an Stelle der a⁰. negot. gest. dir., namentlich wenn nicht alle Voraussetzungen derselben begründet sind, wegen der Vertragsverletzung die a⁰. mandati[4]) auf Schadenersatz — der aber in dem gegebenen Falle, wo das Limito unmöglich erreicht, der Auftrag also nicht ausgeführt werden konnte, in der Regel blos auf die Preisdifferenz (Art. 363), aber auch immer mindestens auf die Preisdifferenz geht — resp. auf Rückgabe des Verkaufskommissionsgutes anzustellen. „Der Umstand, dass der Kommissionär es weiter verkauft zu haben behauptet, und durch persönliches Verschulden sich die schuldige Leistung subjektiv unmöglich gemacht hat, ändert den Gegenstand des Forderungsrechts des Kommittenten keineswegs. Der Kommissionär bleibt nach wie vor zur Leistung jenes Gegenstandes verpflichtet und der Kommittent ist im Rechte, seine Verurtheilung zu dieser Leistung zu fordern; er darf abwarten, ob die Vollstreckung des Urtheils die Unerzwingbarkeit der Leistung ergeben werde.“[5]) Ausserdem steht dem Kommittenten auch die rei vindicatio (resp. Publiciana) auf Herausgabe des Verkaufskommissionsgutes, oder Ersatz des Werthes desselben zu, und zwar da die Beobachtung der imperativen Vorschrift unmöglich, der Auftrag also erloschen war, des **gegenwärtigen** Werthes desselben, gegen den dritten Kontrahenten selbstverständlich nur unter den Beschränkungen des Art. 306 des H.G.B., gegen den Kommissionär selbst unter Umständen trotz mangelnden Be-

---

[3]) Art. 363 H.G.B. bezieht sich lediglich auf jene Ansprüche des Kommittenten, welche mittelst der a⁰. negot. gest. geltend zu machen sind. Wenn der Kommissionär diesen gegenüber die utilitas negotii nicht beweisen kann, so muss er dem Kommittenten, als dominus negotii, den Unterschied im Preise vergüten; die Geltendmachung anders gearteter Ansprüche des Kommittenten ist dadurch nicht ausgeschlossen, was namentlich dann von Bedeutung ist, wenn der Kommissionär das Verkaufskommissionsgut mala fide hintangegeben hat oder bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einen höheren als den Limitopreis hätte erzielen können. Das Verhältniss des Art. 362 zu Art. 363 ist das der Regel zur Ausnahme; die auftragswidrige Ausführung gibt dem Kommittenten im Allgemeinen das Recht zur Zurückweisung und auf Schadenersatz (Art. 362); besteht aber die Auftragswidrigkeit bei der Verkaufskommission in der Ueberschreitung des Limito, so ist der Kommittent gehalten, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen, wenn der Kommissionär die utilitas negotii (Art. 363) beweist. Hätte der Kommissionär zwar gegen die imperative Vorschrift des Kommittenten, also auftragswidrig, aber nicht unter dem Limito verkauft, z. B. in Wien statt in Pest, so würde der Beweis der utilatis negotii nach Art. 363 H.G.B. nicht genügen, um den Kommittenten zur Anerkennung des Verkaufes zwingen zu können. Gelingt dem Kommissionär, der unter dem Limito verkauft hat, der Beweis der utilitas negotii (Art. 363) nicht, so wäre es gegen den Geist des Treu und Glauben schützenden Gesetzes, wenn er jeden weitergehenden Anspruch des Kommittenten mit der Hinweisung auf die Erstattung der Preisdifferenz zurückschlagen könnte; das Gesetz bestimmt nur zum Schutze des Kommittenten, um diesem einen schwierigen Beweis zu erlassen, dass der Kommissionär mindestens die Preisdifferenz vergüte.

[4]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 124 S. 437.

[5]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 38 S. 136, vgl. Bd. XI Nr. 122 S. 403; Windscheid, Pand. II § 264 Note 7; Mommsen, Beitr. I S. 230, III S. 413; Cohnfeld, Lehre vom Interesse S. 213.

sitzes, als gegen einen, qui dolo malo possidere desiit, besonders wenn er den Besitz nicht blos auftragswidrig, sondern auch mala fide aufgegeben hat.[6])

Der Kommittent kann den auftragswidrigen Verkauf nach seinem Belieben genehmigen oder zurückweisen. Das blose Schweigen auf die Anzeige des Kommissionärs, dass er mit Ueberschreitung des Limito verkauft habe, gilt aber an und für sich nicht als Genehmigung. Das Gesetz hat nur für den korrespondirenden Fall der Ueberschreitung des Einkaufs-Limito und nicht hier eine solche Bestimmung getroffen (Art. 364 Abs. 2 des H.G.B.); eine analoge Anwendung der Bestimmung ist aber unzulässig, weil es an jedem Grund dafür fehlt; es bleibt daher bei der regelmässigen Bedeutung des Schweigens.[7])

In einem Falle ist der Kommittent zur Anerkennung des gegen die imperative Vorschrift abgeschlossenen Verkaufsgeschäftes gezwungen, wenn nämlich der Kommissionär das Hinderniss der Ausführung des aufgetragenen Verkaufes zum Limitopreise und ausserdem den Umstand zu beweisen vermag, dass er durch den vorgenommenen Verkauf vom Kommittenten Schaden abgewendet habe (Art. 363).[8]) Diese Bestimmung findet ihre Begründung in dem Bestreben, den dem Kommittenten drohenden Verlust in dessen Interesse so viel als möglich zu verringern; denn die auftragswidrige Thätigkeit des Kommissionärs bewahrt hier den Kommittenten, wenn dieser auch durch die Nichterlangung des Limito in seinen Handelsoperationen eine unerwartete Störung, ja einen Schaden erleidet, doch vor dem grösseren Schaden, der in Folge der weiteren Verschiebung des Verkaufs unfehlbar eingetreten wäre; in dem Verkaufe liegt eine negot. gestio des Kommissionärs, und zwar eine res necessaria, da der Verkauf der Voraussetzung gemäss nothwendig geschehen musste, um grösseren Schaden von dem Kommittenten abzuwenden.

Art. 363 bestimmt demnach, dass wenn der Kommissionär unter dem Limito verkauft, also als negotiorum gestor des Kommittenten gehandelt hat, er sich gegen die a⁰. negot. gest. directa auf Vergütung der Preisdifferenz nur durch einen solchen Beweis der utilitas negotii schützen kann. An diesen Beweis sind nach der exceptionellen Natur des von dem Gesetze gestatteten Ausnahmsfalles, sowie im Interesse des Kommissionshandels selbst, welcher die

---

6) § 378 österr. G.B. (Ersatz des ausserordentlichen Werthes); vgl. bes. Goldschmidt, H.B. S. 835; ders. in s. Zeitschr. VIII S. 235 ff.; über das preuss. Recht Foerster III § 157 Note 43, § 180 S. 243; Dernburg I § 247.

7) R.O.H.G. Bd. II Nr. 19 S. 88. Hat der Verkaufskommissionär einen Verkauf unter dem Limito abgeschlossen und dessen Abschluss angemeldet, so ist eine Verschiedenheit der Lage des Kommissionärs, je nachdem der Kommittent den Kauf genehmigt oder nicht, nicht vorhanden. In beiden Fällen ist er dem Käufer zur Lieferung der Waare verpflichtet, und dem Kommittenten gegenüber liegt ihm ohne weiters Schadenersatzpflicht ob; dem Kommissionär kann es nicht wesentlich schaden, wenn der Kommittent sich veranlasst sehen sollte, längere Zeit mit seiner genehmigenden oder zurückweisenden Erklärung zu verziehen, denn selbstverständlich ist der Kommittent nicht berechtigt, nach seinem Belieben die Basis der Schadenaufstellung willkürlich zu bestimmen. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 1 S. 1.

8) Ebenso § 370 ungar. H.G.B.

thunlichste Aufrechterhaltung der dem Kommissionär ertheilten Vorschriften erheischt, strenge Anforderungen zu stellen.[9])

Es steht durchaus im Belieben des Kommissionärs, ob er als negot. gestor thätig sein will oder nicht; er hat, wenn ihm die Erreichung des Limito unmöglich erscheint, lediglich die Pflicht, den Kommittenten davon zu verständigen und, wenn dieser dessenungeachtet die Herabsetzung des Limito ablehnt, die Aenderung der Konjunktur abzuwarten. Ist er aber als negot. gestor thätig, so hat der Kommittent zwar einerseits das Recht, als dominus negotii mittelst der a°. neg. gest. dir. seine Rechte geltend zu machen, insbesondere den wirklich erzielten Kaufpreis zu verlangen, kann aber anderseits nicht immer zur Anerkennung des negotium mittelst der a°. neg. gest. contr. gezwungen werden, insbesondere nicht schon dann, wenn das zur Abwendung des Schadens vorgenommene Geschäft blos utiliter coeptum ist, selbst wenn der Kommissionär den Entschluss unter dem Limito zu verkaufen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und im guten Glauben gefasst hätte, das Interesse des Kommittenten zu wahren und Schaden von ihm abzuwenden. Nicht darauf wird gesehen, was sich der gestor, als er die Geschäftsführung unternahm, von derselben versprechen durfte, es kommt lediglich auf den Erfolg an.[10]) Die blose suspicio necessitatis[11]) genügt demnach nicht; der Kommissionär könnte sonst, blos um seine Provision zu verdienen, den Kommittenten in Geschäfte verwickeln, welche dieser gar nicht zu machen die Absicht hatte. Im Handelsverkehr ist eine solche strengere Auffassung nothwendig; der Kommissionär darf nicht eigenmächtig in die Spekulationen des Kommittenten eingreifen, umsoweniger als ja die Beweglichkeit des Handelsverkehrs eine fortwährende Aenderung dieser Spekulationen zur Folge haben kann. Die Anerkennung hört vielmehr nur dann auf der freien Willensbestimmung des Kommittenten anheimgestellt zu sein, wenn dem letzteren ein drohender Verlust evident erspart ist.[12])

---

[9]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 1. Bei markt- und börsegängigen Waaren genügt der Beweis, dass der Preis nach erfolgtem Verkaufe gesunken und seitdem nicht wieder die Höhe des erlösten Preises erreicht habe. Der Kommittent kann ja auch in der Regel den gesunkenen Preis zur Wiederanschaffung der Waare und Fortsetzung der Spekulation benutzen; bei anderen Waaren genügt ein solcher Beweis für sich allein nicht, denn der Kommittent hätte vielleicht mit dem Verkaufe der Waare, welche er, als nicht markt- und börsegängig, nicht wieder anschaffen kann, gewartet, bis ein Steigen der Preise eingetreten wäre; der Kommissionär muss daher ausserdem die Abwendung des Schadens z. B. durch solche Umstände darthun, welche den Kommittenten zu einem noch nachtheiligeren Verkaufe genöthigt hätten. Vgl. Meier in Buschs Arch. N. f. VI Bd. S. 352 ff.

[10]) R.O.H.G. Bd. IX Nr. 6 S. 19, Bd. IV Nr. 1 S. 1.

[11]) l. 3 § 10 D. neg. gest. 3, 5.

[12]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 1: Nur wenn eine solche Veränderung der Waare eingetreten wäre, welche in fortgehender Entwicklung die weitere Entwerthung mit Grund befürchten lässt, somit der sofortige Verkauf um jeden Preis zur Abwehr der Folgen völliger Entwerthung geboten erscheint, lässt sich annehmen, dass jeder spätere Verkauf noch ungünstiger ausfallen müsste, der vollzogene Verkauf also, wenn auch unter dem Limito, Schaden von dem Kommittenten abgewendet hat; so lange die Füglichkeit längerer

Erforderlich ist demnach, dass von dem Kommittenten durch die neg. gestio des Kommissionärs ein Schaden wirklich abgewendet worden sei. Die von dem Gesetze (Art. 363 des H.G.B.) in dieser Weise näher bestimmte utilitas negotii, als die unerlässliche Voraussetzung des Zwanges zur Anerkennung, muss in dem Augenblicke vorhanden sein, wo dieser Zwang geltend gemacht werden soll; es ist daher nothwendig, dass noch in diesem Zeitpunkte von dem Kommittenten ein Schaden abgewendet erscheine, der für denselben hätte erwachsen müssen, falls sich der Kommissionär des Verkaufes unter dem Limito enthalten hätte, und zwar ein Schaden, welcher beträchtlicher gewesen wäre, als der durch den Verkauf unter dem Limito wirklich zugefügte Schaden. „Nicht genügend ist also der Nachweis, dass zur Zeit des Verkaufs und bald darauf höhere Preise als die erlangten nicht zu erzielen gewesen seien; denn der Kommittent ist ja nicht verhindert, den Verkauf der Waare unter Fortsetzung der eingeleiteten Spekulation bis zu einer Preiserhöhung auszusetzen, oder die Waare zu anderweiter, besseren Nutzen versprechender Spekulation zu verwenden. Der Kommissionär, welcher die Abwendung eines Schadens von dem Kommittenten behauptet, muss also zeigen, dass die Möglichkeit eines Mehrerlöses nach diesen Richtungen hin nicht vorhanden gewesen, dass der Kommittent, hätte er später verkauft, einen noch ungünstigeren Preis als den jetzt erzielten erlangt hätte." [13])

Wenn der Verkaufskommissionär, der die Waare des Kommittenten unter dem Limito verkauft hat, sich zur Lieferung einer demselben genus angehörigen Waare erbietet, so kann an dem durch die neg. gestio des Kommissionärs bereits erworbenen festen Rechte des Kommittenten, mittelst der a⁰. neg. gest. directa die Vergütung des Unterschiedes im Preise zu verlangen, nichts geändert werden, wohl aber sind andere mittelst der a⁰. mandati geltend zu machende Ansprüche des Kommittenten ausgeschlossen, wenn durch die hinterherige Zurückstellung einer gleichartigen Waare der Anspruch des Kommittenten auf das Interesse wegen auftragswidriger Ausführung vollständig befriedigt wird; denn die Verletzung des Auftrages erscheint ebenso sanirt, wie bei der Einkaufskommission, wenn der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von dem auftragswidrigen Einkaufe die Deckung des Unterschiedes auf sich nimmt; das Erbieten des Verkaufskommissionärs muss aber nicht sofort zugleich mit der Anzeige von dem auftragswidrigen Verkaufe, sondern kann auch replicando erfolgen; es kommt hier nur darauf an, dass das Interesse des Kommittenten durch die Lieferung einer gleichartigen Waare befriedigt werde, und dies kann auch dann der Fall sein, wenn der Kommittent erst hinterher erfährt, dass er über die auftragswidrig verkaufte Waare dennoch verfügen könne.

Hat der Kommissionär unter dem Limito verkauft, obwohl er zum Limito

Aufbewahrung der Waare, somit möglicher Fortsetzung der Verkaufsversuche durch den Zustand des Gutes nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich für den Kommissionär, wenn er das Limito nicht erreicht, immer nur die Pflicht, abzuwarten, eventuell neue Instruktionen einzuholen.

[13]) R.O.H.G. Bd. IX Nr. 6 S. 19.

oder sogar noch über demselben hätte verkaufen können, so ist der Kommittent wegen Verletzung der imperativen Vorschrift nicht verpflichtet, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen gelten zu lassen: er kann gegen den Kommissionär die a°. neg. gest. dir. auf Vergütung des Unterschiedes im Preise (Art. 363) anstellen; er kann, wenn er beweist, dass der Kommissionär im Stande war, nach Empfang des Auftrages zu irgend einer Zeit den Verkauf auftragsmässig auszuführen, wegen verschuldeter Verletzung des Auftrages mit der a°. mandati die Rückgabe der Waare oder den Ersatz jenes Interesses beanspruchen, welches der Verkauf, wenn er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auftragsmässig ausgeführt worden wäre, für den Kommittenten gehabt hätte, also nicht blos den Unterschied gegenüber dem Limito, sondern auch gegenüber jenem höheren Preise, den der Kommissionär bei sorgfältiger Ausführung des Verkaufes hätte erlangen können.

§ 324.

bb. Bei der Einkaufskommission.

Konnte der aufgetragene Einkauf zum Limitopreise überhaupt nicht abgeschlossen werden, da die Waare zu diesem Preise nicht zu finden war, so ist zwar, wenn der Kommissionär über das Limito hinausgeht und einen höheren Preis bezahlt, die Abweichung von dem Limito durch die Unmöglichkeit der auftragsmässigen Ausführung begründet, allein dessenungeachtet liegt in der Abweichung von der imperativen Instruktion eine Ueberschreitung des Auftrags. In Folge des höheren Preises wird die Waare im Handelsverkehre möglicher Weise zu einem aliud, das mit der Spekulationsabsicht des Kommittenten vielleicht nicht mehr im Einklange steht, der sich, da er doch in der Regel das, was eingekauft werden soll, wieder verkaufen will, in seinen Berechnungen gestört und seine Gewinnstchancen aus der unternommenen Handelsoperation gefährdet sieht. Der Kommissionär erweist durch einen solchen Einkauf dem Kommittenten häufig einen schlechten Dienst; er hätte den Einkauf unausgeführt lassen und Nachricht geben sollen. Der Kommittent kann daher den zu höherem Preise besorgten Einkauf als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweisen; das Gesetz verlangt aber (Art. 364 Al. 2 des H.G.B.),[1]) dass der Kommittent sich ohne Verzug, nachdem er von der in der Ueberschreitung des Limitopreises gelegenen Mandatsverletzung durch die Anzeige des Kommissionärs in Kenntniss gesetzt worden ist, rücksichtlich der darin gelegenen Offerte ausspreche und die etwa vorhandene Absicht, das Geschäft zurückzuweisen, deutlich zu erkennen gebe. Das Schweigen des Kommittenten — sowohl das gänzliche Unterlassen einer Antwort auf den Avisbrief des Kommissionärs, als auch der Mangel einer unverzüglichen Erklärung der Zurückweisung, als auch eine Antwort, welche die Zurückweisung undeutlich ausdrückt — gilt als Annahme der Offerte, hat also

[1]) Ebenso § 370 Al. 3 ungar. H.G.B.

die Wirkung der Genehmigung.[2]) Dadurch dass das Gesetz an das blosse Schweigen des Kommittenten die Fiktion der Genehmigung knüpft,[3]) ist der letztere, soviel als möglich, daran gehindert, die ihm durch die Mandatsverletzung des Kommissionärs, deren sich dieser vielleicht in bester Absicht schuldig gemacht hat, erwachsenen Rechte zu missbrauchen und es von den Schlussresultaten der Operation abhängig zu machen, in welchem Sinne er diese Rechte ausüben, ob er den Einkauf genehmigen oder zurückweisen wolle. Da hier vorausgesetzt wird, dass der Kommissionär nicht in der Lage war, die Waare zum Limitopreise anzuschaffen, so ist der Kommittent nur berechtigt, das Geschäft als auftragswidrig für Rechnung des Kommissionärs zu lassen, nicht aber Schadenersatz wegen Nichtausführung des Auftrags zu verlangen, denn die Nichtausführung ist ja nur eine Konsequenz des von dem Kommittenten gesetzten Limitopreises und nicht eines Verschuldens des Kommissionärs; doch kann eine Schadenersatzpflicht des Kommissionärs dann begründet sein, wenn dieser versäumt hätte, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes den Kommittenten pflichtgemäss von dem eingetretenen Hinderniss zu verständigen (Art. 361) oder wenn er eine in der Zwischenzeit bereits vorhanden gewesene Gelegenheit zur Ausführung des Auftrages zum Limitopreise durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unbenützt hätte vorübergehen lassen. Im Streitfalle hat der Kommissionär die Unmöglichkeit der Ausführung zum Limitopreise, der Kommittent aber die Behauptung zu beweisen, dass der Kommissionär eine Gelegenheit zur auftragsmässigen Ausführung habe vorübergehen lassen.

Von der Regel, dass der Kommittent nicht verpflichtet ist, einen zu einem höheren als dem von ihm gesetzten Preise ausgeführten Einkauf, mag dieser auch sonst in allen Beziehungen durchaus gemäss dem Auftrage vollzogen sein, für sich gelten zu lassen, erkennt das Gesetz eine Ausnahme in dem Falle an, dass der Kommissionär sich zugleich mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des

---

[2]) Nicht jede Mandatsverletzung des Einkaufskommissionärs gilt nach deutschem Handelsrecht als durch das blosse Schweigen des Kommittenten genehmigt, sondern nur jene Mandatsverletzung, welche in der Ueberschreitung des Limitopreises gelegen ist. In anderen Fällen ist die Frage, ob Genehmigung des Kommittenten vorliege, mit Rücksicht auf die Umstände des besonderen Falles zu beurtheilen.

[3]) R.O.H.G. Bd. II Nr. 19 S. 88: „Denn der Einkaufskommissionär, welcher das Limito überschreitet, kann dazu nur durch die Annahme veranlasst werden, dass er durch die Bewilligung des höheren Preises dem Interesse des Kommittenten diene und also dessen nunmehriger Willensmeinung entspreche, und zwar geht er in der Fürsorge für das Interesse des Kommittenten so weit, dass er für den Fall, wenn jene Annahme sich nicht bewähren sollte, sich persönlich der Verbindlichkeit aussetzt, die Waare für eigene Rechnung übernehmen zu müssen. Unter diesen Umständen erscheint es als eine Forderung der Billigkeit, dass der Kommissionär in kürzester Frist darüber Gewissheit erlange, ob er der im Interesse des Kommittenten übernommenen Verbindlichkeit enthoben werden könne oder nicht, um nicht im letzteren Falle durch die Verzögerung der Erklärung des Kommittenten an der Vornahme der im eigenen Interesse angemessenen Dispositionen über die Waare verhindert zu werden. Ueberdies würde der Kommittent, wenn er mit seiner Erklärung nicht alsbald hervortreten müsste, in die Lage kommen, sogar auf Kosten des Kommissionärs spekuliren zu können.“

Unterschiedes erbietet (Art. 364 Al. 1 des H.G.B.);[4]) wenn er mehr gezahlt hat und die Differenz übernimmt, so ist der von ihm berechnete Einkaufspreis mit dem von dem Kommittenten gesetzten identisch. Der Kommissionär hat daher der Sache nach nichts anderes gethan, als das, was der Kommittent gewollt hat; jener verlangt ja nicht mehr, als was dieser selbst limitirt hat. Die Kommission erscheint daher nur der Form nach auftragswidrig, der Sache nach aber auftragsgemäss ausgeführt. Der Benachtheiligung des Kommittenten durch missbräuchliche Ausnutzung der Konjunktur von Seite des Kommissionärs wird zum grossen Theil dadurch vorgebeugt, dass der letztere verpflichtet ist, **zugleich** mit der Einkaufsanzeige zu erklären, dass er den Mehrbetrag aus eigenen Mitteln bestreiten wolle, dass er also nicht mehr berechtigt ist, eine Anerkennung des Einkaufs von Seite des Kommittenten zu erzwingen, **nachdem** er einmal die Einkaufsanzeige ohne solche Erklärung erstattet hatte. In einer Anzeige der letzten Art liegt die Offerte eines neuen Geschäftes, welche der Kommittent nach Belieben annehmen oder zurückweisen kann. Nur besteht der Rechtssatz (Art. 364 Abs. 2), dass hier das blosse Schweigen stets als Annahme der Offerte gilt.

Der Kommissionär hat demnach das **Recht**, dadurch dass er sich rechtzeitig, d. h. mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbietet, den Kommittenten zur Anerkennung des Geschäftes zu zwingen. Es ist aber in der Natur der Sache begründet, dass es dem freien Willen des Kommissionärs überlassen sein muss, ob er sich, um die Ausführung der Kommission überhaupt möglich zu machen, ein solches Opfer auferlegen wolle oder nicht.

Hat er einmal die Anzeige mit dem Deckungsanerbieten abgesendet, so kann er nicht mehr widerrufen, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen behandeln und die eingekaufte Waare behalten; denn es ist nicht so anzusehen, als ob er in diesem Falle einen Antrag gestellt hätte, der allerdings noch während einer gewissen Zeit — bis zum Einlangen bei dem Adressaten (Art. 320 des H.G.B.) — zurückgenommen werden könnte; er hat vielmehr nur die Anzeige gemacht, dass er den Auftrag ausgeführt habe, in dessen Grenzen er ja durch das rechtzeitige Anerbieten der Waare zu dem Limitopreise zurückgetreten ist.

Dadurch, dass der Kommittent dem Kommissionär den Ersatz des ganzen Einkaufspreises anbietet, kann er den letzteren nicht zwingen, ihm die mit Ueberschreitung des Limito eingekaufte Waare zu liefern; denn der Kommissionär hat dadurch, dass er einen höheren als den limitirten Preis bezahlte, ein dem Kommittenten ganz fremdes Geschäft abgeschlossen.

Konnte der Einkaufsauftrag zum Limito oder gar unter demselben besorgt werden, ist also der Kommissionär vom Limito ohne zwingende Gründe abgewichen, so kann der Kommittent das Geschäft für Rechnung des Kommissionärs lassen und ausserdem wegen des ihm durch die Nichtausführung der Kommission zugefügten Schadens Ersatz verlangen; denn dem Kommissionär fällt in dieser

[4]) Ebenso § 370 Al. 2 ungar. H.G.B.

Beziehung ein Verschulden zur Last, für welches er haften muss. Beweist der Kommittent, dass der Kommissionär im Stande gewesen wäre, den Einkaufsauftrag instruktionsgemäss auszuführen, so hat er Anspruch auf das Interesse, welches der Einkauf, wenn er völlig auftragsmässig ausgeführt worden wäre, für den Kommittenten gehabt hätte, so als ob der Kommissionär die Kommissionswaare zum Limitopreise, resp. zu dem geringeren Preise, zu dem er sie hätte einkaufen können, auch wirklich eingekauft hätte.

§ 325.

b. Die Kreditgewährung bei der Verkaufskommission.

Bei der Verkaufskommission gilt der Kommissionär, wenn es der Kommittent nicht ausdrücklich oder stillschweigend untersagt hat, den Kaufpreis zu kreditiren schon dann als berechtigt, wenn und insoweit dies der Handelsgebrauch an dem Orte des abgeschlossenen Geschäftes, also dort, wo der Verkauf durch den Kommissionär geschehen ist, mit sich bringt. Der Kommissionär ist demnach in diesem Fall ipso jure zu einer dem Handelsgebrauch entsprechenden Kreditgewährung befugt (Art. 369 al. 2 des H.G.B.).[1])

Der Kommissionär hat sich rücksichtlich der Modalitäten dieser befugten Kreditgewährung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes und so zu verhalten, wie es der Handelsgebrauch mit sich bringt. Gewährt der Kommissionär einen dem Handelsgebrauche nicht entsprechenden Kredit, so liegt eine unbefugte Kreditgewährung vor, ebenso wie wenn der Kommissionär sonst ohne spezielle Gestattung den Kaufpreis kreditirt oder gar gegen die imperative Vorschrift des Kommittenten, nur unter gewissen Modalitäten Kredit zu gewähren oder nur gegen baar zu verkaufen, gehandelt hätte. Das Gesetz gestattet aber jedenfalls dem Kommissionär, wenn der Kommittent die unbefugte Kreditgewährung nicht genehmigt, dadurch, dass er selbst sofortige Zahlung als Schuldner des Kaufpreises leistet, die Ueberschreitung des Auftrages zu saniren und die Zurückweisung des nunmehr in die Grenzen des Auftrags zurückgetretenen Geschäftes zu verhindern. Während aber bei der Ueberschreitung des Einkaufslimito der Kommissionär, der die Anerkennung des Geschäftes erzwingen will, sich sofort mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbieten muss, kann hier die Zahlung des Kaufpreises erst geschehen, wenn der Kommittent die unbefugte Kreditgewährung nicht genehmigt hat; dem Interesse des Kommittenten ist dadurch Genüge geschehen; er weiss ja einerseits schon, dass er über die, wenn auch unbefugt, auf Kredit verkaufte Waare doch nicht mehr verfügen könne, andererseits ist der Kommissionär dessenungeachtet nicht mehr in der Lage in der Zwischenzeit auf Kosten des Kommittenten je nach der Veränderung der Konjunktur zu spekuliren; denn der Kommittent hat ein festes Recht das Geschäft, so wie es abgeschlossen worden ist, zu genehmigen und die ausstehende Kaufpreisforderung für sich in Anspruch zu nehmen.[2])

---

[1]) Ebenso § 375 Al. 2 ungar. H.G.B.

[2]) Wenn der Kommittent auf die erhaltene Anzeige, dass der Verkauf auf Kredit

Der Kommittent hat in keinem Falle auf mehr Anspruch, als was bei auftragsmässiger Ausführung der Kommission erzielt worden wäre; da bei dem Verkaufe auf Kredit mit Rücksicht auf die spätere Zahlungszeit in der Regel ein höherer Kaufpreis bewilligt wird, so würden sich die Ansprüche des Kommittenten bei dem auftraggemässen Verkaufe gegen baar in der Regel nicht so hoch belaufen, als der mit dem dritten Kontrahenten bedungene Kaufpreis beträgt. Beweist nun der Kommissionär, dass bei dem Verkaufe gegen baar der Preis ein geringerer gewesen wäre — dass der erreichte höhere Preis durch die Kreditgewährung bedingt sei, wird im Zweifel anzunehmen sein, da die Natur der Handelsgeschäfte diesen Kausalnexus mit sich bringt —, so hat er nur diesen Preis, resp. wenn ein Limito für den Verkaufspreis gesetzt ist, den Unterschied gemäss Art. 363 zu vergüten (Art. 369 Abs. 3 des H.G.B.)[3])

§ 326.

c. Das Recht auf die Auslieferungsprovision bei der Verkaufskommission.

Von der Regel, dass für Geschäfte, welche nicht zur Ausführung gekommen sind, eine Provision nicht gefordert werden könne, anerkennt das Gesetz (Art. 371 Abs. 2 des H.G.B.), in Uebereinstimmung mit dem an vielen Plätzen herrschenden Handelsgebrauche. bei der **Verkaufskommission**[1]) zu Gunsten des Kommissionärs eine Ausnahme, für welche besondere Billigkeitsgründe sprechen. Wenn nämlich der Kommissionär Waaren, welche bei ihm konsignirt waren und mit deren Verkauf er beauftragt war, vor ausgeführtem Verkaufe zurückgeben muss, so hat er das Recht auf die Auslieferungsprovision, sofern eine **solche ortsgebräuchlich ist.** In derselben ist also nicht eine Entlohnung wegen eines bewirkten Verkaufes gelegen, sondern eine Entschädigung wegen der auf den Empfang und auf die Aufbewahrung der konsignirten Objekte aufgewendeten Sorgfalt und zugleich wegen des in der Regel **versuchten** Verkaufes.

Liegt eine besondere ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien über die Auslieferungsprovision vor, so ist zunächst diese, ausserdem aber der Gebrauch des Ortes, wo das aufgetragene Geschäft ausgeführt wird, also in der Regel des Ortes der Handelsniederlassung des Kommissionärs maassgebend, und zwar nicht nur in Beziehung auf die Höhe der Auslieferungsprovision,[2]) sondern auch in Beziehung auf die Fälle, in welchen eine solche

---

geschehen sei, die Waare ohne Vorbehalt dem Kommissionär übersendet, so liegt darin die Acceptation des von dem Kommissionär gestellten Antrags, dass der Kommittent dieses ihm ganz fremde Geschäft für sich gelten lasse; durch die Genehmigung wird der Kommissionär von der Verbindlichkeit befreit, sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten.

[3]) Ebenso § 375 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[1]) Art. 371 H.G.B. spricht zwar allgemein, doch kommt die Auslieferungsprovision beinahe ausschliesslich bei der Verkaufskommission vor; das ungar. H.G.B. § 377 Abs. 4 beschränkt seine Bestimmung auf die Verkaufskommission.

[2]) Gewöhnlich die halbe Provision.

verlangt werden kann. Nach dem Handelsgebrauche wird im Allgemeinen die Auslieferungsprovision jedenfalls dann gewährt, wenn der Kommittent vor ausgeführtem Verkaufe den Auftrag widerruft, ohne diesen Widerruf aber das Geschäft hätte zu Ende geführt, das Kommissionsgut verkauft werden können. Der Handelsgebrauch tritt dadurch der Ungerechtigkeit des Kommittenten entgegen, welche dann vorhanden wäre, wenn dieser etwa aus blosser Laune dem Kommissionär, der bis zum Widerruf vielleicht sein Bestes gethan, um das aufgetragene Geschäft zur Ausführung zu bringen, den Lohn für die Bemühungen entziehen könnte. Zuweilen besteht nach dem Handelsgebrauche in dem Falle, dass der Verkauf überhaupt nicht bewirkt werden konnte, kein Anspruch auf Auslieferungsprovision, ausgenommen wenn den Kommittenten wegen des Misserfolges ein Verschulden trifft, z. B. Unverkäuflichkeit der Waare in Folge mangelhafter Beschaffenheit derselben. Ebensowenig hat der Kommissionär nach Handelsgebrauch dann Anspruch auf Auslieferungsprovision, wenn er selbst im Verschulden ist)[3], wenn er z. B. den Kommittenten, welcher vor Zusendung des Kommissionsgutes Nachricht über das einzuschlagende Verfahren verlangte, schuldbarer Weise, z. B. durch unrichtige, ohne Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gemachte Konjekturen in Irrthum versetzt oder wenn der Kommittent das Kommissionsgut auf Ansuchen des Kommissionärs wegen der von diesem leichtsinniger Weise erregten Hoffnung auf baldigen und vortheilhaften Absatz übersendet hat.

Ob, wenn nur ein Theil der konsignirten Kommissionsgüter verkauft worden ist, rücksichtlich des unverkauften Theiles die Auslieferungsprovision beansprucht werden kann, ist ebenfalls in erster Linie nach der Vereinbarung der Parteien, in Ermangelung derselben nach dem Ortsgebrauch zu beurtheilen.

§ 327.

d. Das Eigenthum am Kommissionsgute bei der Einkaufskommission.

Die Frage, wer Eigenthümer der von dem Kommissionär in eigenem Namen, jedoch im Auftrage und für Rechnung des Kommittenten eingekauften und dem Kommissionär tradirten Kommissionsgutes werde, war von jeher zweifelhaft und ist, da eine Regelung derselben in der Konferenz abgelehnt wurde, im Handelsgesetzbuch unbeantwortet geblieben, daher auch jetzt noch bestritten.[1]) Der dritte Kontrahent, welcher als Verkäufer den Kaufvertrag mit dem in eigenem Namen handelnden Kommissionär als Käufer abgeschlossen hat, wird in der Regel, um seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage zu erfüllen, er mag den Kommittenten kennen oder nicht, dem **Kommissionär** das Kommissionsgut tradiren, und zwar wie es durch die Bequemlichkeit des Verkehres geboten, daher auch allgemeine Regel ist, so dass sein Wille weder auf den Kommissionär,

---

[3]) So ausdrücklich ungar. H.G.B. § 377.

[1]) Die Literatur der Streitfrage s. bei Grünhut S. 440 ff.

noch überhaupt auf eine individuell bestimmte Persönlichkeit als Erwerber des Eigenthums fixirt ist, dass er zwar mit dem Willen sein Eigenthum zu übertragen dem Kommissionär liefert, diesem es aber durchaus überlässt, ob er für sich oder für einen Andern erwerben will, da es ihm als Verkäufer vollkomen gleichgiltig ist, wer durch die Tradition des Gutes, welche er mit dem Willen sich des Eigenthumes daran zu entäussern vollzogen, das für ihn jedenfalls verlorene Eigenthum erworben habe. In diesem Falle wird das Subjekt des Erwerbs nur durch den Willen des Besitz ergreifenden Kommissionärs bestimmt;[2]) dieser kann den ihm vom Kommittenten ertheilten Einkaufssauftrag in doppelter Weise ausführen, entweder so, dass er zunächst selbst Besitz und Eigenthum erwerben und hinterher dem Kommittenten überlassen, oder so, dass er, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend den Erwerbsakt im Namen des Kommittenten vornehmen und so unmittelbar und sofort dem Kommittenten Besitz und Eigenthum erwerben will. Es ist eine durch Interpretation der insbesondere vom Kommissionär vorgenommenen Handlungen zu lösende quaestio facti, ob der Kommissionär Willens gewesen sei, in der einen oder anderen Art dem Kommittenten zum Besitze der Waare zu verhelfen, ob er den animus sibi possidendi oder alieno nomine possidendi gehabt habe.

Handelt es sich um den Auftrag zum Einkauf einer individuell bestimmten Sache (species), so ist im Zweifel, wenn nicht bestimmte Willenserklärungen oder die vorliegenden Umstände des Falles eine entgegengesetzte Schlussfolgerung nothwendig machen, die Annahme gerechtfertigt, dass der Wille des Kommissionärs darauf gerichtet war, dass **Besitz- und Eigenthumserwerb des Kommittenten sofort und unmittelbar** erfolgen sollte.[3]) Der Voraussetzung gemäss verhält sich der dritte Kontrahent als Tradent gegen die Person des Traditionsempfängers und Erwerbers gleichgültig, er sieht nur darauf, dass er den Kaufpreis erhält und verzichtet auf Besitz und Eigenthum, um dem Kommissionär die freie Verfügung und die Möglichkeit des sofortigen Besitz- und Eigenthumserwerbes, sei es für sich, sei es für einen Anderen, zu gewähren. Der Kommissionär ist daher an und für sich nicht gehindert, unmittelbar für den Kommittenten Besitz und Eigenthum zu erwerben. Der Kommissionär hat den der Tradition zu Grunde liegenden Kaufvertrag (causa traditionis) allerdings im eigenen Namen abgeschlossen, er ist aus demselben allein berechtigt und verpflichtet und erwirbt also auch allein einen Rechtstitel und die Klage gegen den dritten Kontrahenten auf Uebertragung des Eigenthums; insoweit steht der Kommittent ganz ausserhalb des abgeschlossenen Kaufvertrages; allein für den Besitzerwerb ist dies nicht entscheidend. Das Subjekt des Abschlusses des Kaufvertrags kann von dem Subjekt des Besitz- und Eigenthumserwerbes rücksichtlich der in Folge des Kaufvertrags übergebenen Waare verschieden sein. Bedenkt man nun, dass der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten auf

[2]) Bremer in Lindes Zeitschr. XX S. 65 ff., Randa, Besitz § 20.

[3]) Zustimmend Dernburg, Preuss. Priv.R. (3. Aufl.) § 185 Not. 11, Endemann, Krit. Vierteljahrschr. 22. Bd. S. 114.

Grund und in Folge der übernommenen Einkaufskommission handelt, dass aber der Wille des Kommittenten seinem Interesse gemäss darauf gerichtet ist, sobald als möglich, also, wenn möglich, auch sofort im Augenblick des vom Kommissionär vorzunehmenden Empfanges der species, Besitz und Eigenthum an derselben zu erwerben, so erscheint es als ein Gebot der bona fides, dass der Kommissionär, um das in ihn gesetzte Vertrauen des Kommittenten zu rechtfertigen, den zur Erlangung von Besitz und Eigenthum erforderlichen animus domini, den Willen die Waare für sich zu haben und zu behalten, an derselben für sich Besitz und Eigenthum zu erwerben, als dem Willen und dem Interesse des Kommittenten widersprechend, nicht fasse, dass er bei Vollziehung des Auftrags sich nicht selbst auch nur einen Augenblick als Eigenthümer der eingekauften und ihm übergebenen species betrachte oder über dieselbe zu seinen eigenen Zwecken verfüge; es ist vielmehr im Zweifel die Annahme gerechtfertigt, dass der Kommissionär, da er ja bei Ausführung des aufgetragenen Geschäftes nur den Willen und das Interesse des Kommittenten vor Augen haben musste, von vornherein den Willen gehabt habe, dass der Kommittent unmittelbar Eigenthümer der eingekauften und dem Kommissionär übergebenen species werde. Es lässt sich nicht einsehen, welchem berechtigten Interesse des Kommissionärs der juristische Umweg dienen soll, dass er zunächst selbst den Besitz und das Eigenthum der eingekauften species erwerbe und dann erst die Sache dem Kommittenten zu tradiren habe. Warum soll durch zwei Traditionen, die eine auf Grund des Kaufvertrages, die zweite auf Grund des Mandates, juristisch erreicht werden, was direkt durch eine Tradition geschehen kann? Wie der Kommissionär zwar im eigenen Namen, aber nicht für sich selbst, sondern für den Kommittenten gekauft hat, keineswegs aber in der Absicht, erst diesem wieder zu verkaufen, so empfängt auch der Kommissionär die Tradition zwar im eigenen Namen, aber nicht für sich selbst, sondern für den Kommittenten, nicht in der Absicht, erst diesem wieder zu tradiren. Die Thätigkeit des Kommissionärs stellt sich bei der **Besitzergreifung** der eingekauften species nur als eine Hülfeleistung für das Geschäft des Kommittenten dar; es entspricht dem Interesse und Willen des Kommittenten, dass die Besitzergreifung des Kommissionärs nicht für ihn selbst, sondern für den Kommittenten erfolge; da nun nicht angenommen werden kann, dass sich der Kommissionär über den Willen des Kommittenten hinwegsetzen und zunächst für sich Besitz und Eigenthum der species erwerben wolle, so ergibt sich, dass auch nach dem Willen des Kommissionärs durch diese Besitzergreifung ein Geschäft des Kommittenten besorgt, daher sofort für den Kommittenten Besitz und Eigenthum erworben werde.[4])

Hat der Kommissionär den Auftrag erhalten, eine Quantität vertretbarer Sachen oder eine der Gattung nach bestimmte Sache (genus) einzukaufen, so widerspricht es in der Regel nicht dem Willen des Kommittenten und erscheint es durch die Pflicht des Kommissionärs, den Auftrag mit der Sorgfalt eines

---

[4]) Anders R.O.H.G. Bd. XI Nr. 4 S. 11, Bd. XVI Nr. 65 S. 269. Goldschmidt, Hdb. § 66 S. 615, v. Hahn, Zus. II zu Art. 368.

ordentlichen Kaufmannes auszuführen, keineswegs ausgeschlossen, dass der Kommissionär das Eigenthum der einzukaufenden Sachen zunächst für sich erwerbe. So können in der Hand des Kommissionärs in Beziehung auf dieselben vertretbaren Sachen oder Sachen derselben Gattung Einkaufskommissionen verschiedener Personen, vielleicht sogar mit Propreeinkäufen zusammengetroffen sein. Der Kommissionär kann behufs gleichzeitiger Ausführung dieser mehreren, von verschiedenen Kommittenten gleichzeitig empfangenen Einkaufsaufträge und seiner Propreeinkäufe den Ankauf einer grösseren Quantität vertretbarer Sachen oder mehrerer Gattungssachen vornehmen; er kann gerade durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes dazu bestimmt sein, in Beziehung auf die eingekaufte Quantität oder das eingekaufte genus nicht von vornherein eine Aussonderung vorzunehmen und erst hinterher zu bestimmen, was von dem Ganzen für jeden Kommittenten, resp. für sich erworben sein soll. In diesem Falle bedarf es erst der Vornahme einer Handlung, z. B. Abgabe der Nummern der Papiere, Kennzeichnung der Waaren durch Marken u. s. w., durch welche die eingekauften Waaren dem Kommittenten tradirt werden, sei es auch durch constitutum possessorium. Der Kommissionär besitzt nunmehr in Folge der thatsächlichen Aussonderung für den Kommittenten einen bestimmten Gegenstand, den er nicht mehr beliebig umtauschen kann.[5]) Der Kommittent kann aber nicht wider seinen Willen durch dieses Rechtsgeschäft des Kommissionärs Eigenthümer werden; dem Willen des Kommittenten das Eigenthum zu übertragen, darf nicht der Wille des Kommittenten direkt entgegenstehen; es entscheidet selbstverständlich der Wille des Kommittenten in dem Augenblicke, da mit dem Besitzerwerb des Kommissionärs die Möglichkeit eines unmittelbaren Vermögenserwerbes für den Kommittenten entsteht. Hat sich also der Kommittent in diesem Augenblicke entschieden losgesagt, so fehlt es an der für die Tradition oder das constitutum possessorium nothwendigen Willensübereinstimmung.[6])

Da die grosse Mehrzahl der Einkaufskommissionen vertretbare oder generell bestimmte Sachen zum Gegenstande hat, so gestaltet sich in der Praxis das Verhältniss so, dass der unmittelbare Besitz und Eigenthumserwerb des Kommittenten im Handelsverkehr als seltene Ausnahme, dagegen der Besitz- und Eigenthumserwerb des Kommissionärs als allgemeine Regel erscheint.[7])

---

[5]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 24 S. 77—81.

[6]) Goldschmidt, Hdb. S. 611; R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 65 S. 270.

[7]) Die R.Konk.O. (§ 36) räumt dem Einkaufskommissionär im Falle des Konkurses des Kommittenten ein Vindikationsrecht rücksichtlich der von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendeten, von diesem noch nicht vollständig bezahlten Waaren, wie dem Verkäufer im Falle des Konkurses des Käufers, ein.

§ 328.

e. Das Selbstkontrahirungsrecht des Einkaufs- und Verkaufs-Kommissionärs.[1])

I. **Begründung, Beschränkung und juristische Natur des Selbstkontrahirungsrechts.** Der Kommissionär ist verpflichtet, die Interessen des Kommittenten, der ihm in Beziehung auf das aufgetragene Geschäft sein Vertrauen geschenkt hat, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Damit erscheint es an und für sich nicht unverträglich, dass sich der Kommissionär gleichzeitig den entgegengesetzten Interessen zweier Kommittenten widme, vorausgesetzt freilich, dass er bei einem solchen Interessenkonflikte nicht nur mit strenger Gewissenhaftigkeit und tadelloser Unparteilichkeit verfahre, sondern dass er auch im Stande sei, in der Führung der ihm von den verschiedenen Kommittenten anvertrauten Geschäfte zum Vortheile eines jeden von ihnen den vollen Eifer und die ganze Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu entfalten, etwas, worauf ja jeder Kommittent ein ungetheiltes Recht hat. In Folge des eminenten Vertrauens, das die Stellung des Kommissionärs involvirt, erscheint es aber prinzipiell unzulässig, dass der Kommissionär, dessen Pflicht es ist, die Interessen des Kommittenten stets im Auge zu behalten und zu beschützen, in Beziehung auf das aufgetragene Geschäft **für seine eigene Rechnung** als Gegenkontrahent eintrete, sich so selbst in eine Lage versetze, in welcher seine eigenen Interessen den Interessen des Kommittenten geradezu widerstreiten, und die Veranlassung schaffe zu einem Gegensatze zwischen der Erfüllung seiner Pflicht als Kommissionär und seinem eigenem Interesse als Verkäufer resp. Käufer. Es ist nicht zu verkennen, dass bei der heiklen Wahl, welche in solcher Situation der Kommissionär zwischen seinem Interesse und dem Interesse des Kommittenten zu treffen hätte, das Interesse des Kommittenten nur schwach vertheidigt, in der Regel ganz aufgeopfert werden würde. Will man daher das Wesen des Kommissionsgeschäfts nicht im Innersten angreifen, so muss man prinzipiell daran festhalten, dass der Kommissionär, wenn auch in eigenem Namen, so doch nur als Vermittler für fremde Rechnung und in fremdem Auftrag abzuschliessen hat. Dessen ungeachtet scheint es von jeher den Kommissionären durch Handelsgebrauch gestattet gewesen zu sein, unter Umständen für Rechnung ihrer Kommittenten bei sich selbst einzukaufen oder an sich selbst zu verkaufen, umsomehr die entgegengesetzten, aber einander entsprechenden Aufträge verschiedener Kommittenten zu kombiniren, also bei der Einkaufskommission als Verkäufer für Rechnung des entsprechenden Verkaufskommittenten, bei der Verkaufskommission als Käufer für Rechnung des entsprechenden Einkaufskommittenten einzutreten.

Wichtige, besonders aus der engen Verbindung, in welcher sich der Proprehandel mit dem Kommissionshandel entwickelt hat, abgeleitete Opportunitäts-

---

[1]) Grünhut l. c. S. 452—510.

gründe sprechen dafür, dass innerhalb gewisser Grenzen eine solche Abweichung von der strengen und konsequenten Durchführung der für den Auftrag geltenden Grundsätze zulässig sei. Dem Kommittenten kann es wesentlich nur daran gelegen sein, dass der Inhalt seines Auftrages genau beobachtet werde; es ist ihm in der Regel gleichgültig, woher bei der Einkaufskommission die gewollte Waare oder bei der Verkaufskommission der gewollte Kaufpreis komme. In gewissen Geschäftszweigen, namentlich bei dem Handel mit Werthpapieren, sind die Kommissionäre meist Kaufleute, welche gleichzeitig für eigene Rechnung Handel treiben; ja gerade die bedeutenden Kommissionshäuser sind gewohnt, in der Erwartung künftiger Einkaufsaufträge grosse Anschaffungen von Waaren zu machen, welche sie dann nach und nach an ihre Kommittenten absetzen. Die Handelswelt selbst wählt in ihrem eigenen Interesse sogar mit Vorliebe zur Ausführung von Kommissionen solche Handelsfirmen, welche mit dem Kommissionshandel einen bedeutenden Eigenhandel verbinden, weil sie von denselben eine bessere und promptere Bedienung erwarten zu können glauben als von Kommissionären, welche sich ausschliesslich dem Kommissionshandel widmen, daher nicht im Stande sind, durch eigenes Eintreten in das aufgetragene Kaufgeschäft den Auftrag auszuführen, sondern in jedem einzelnen Falle erst einen dritten Verkäufer oder Käufer aufsuchen müssen, und durch ihr Erscheinen auf dem Markte, als Kauflustige durch Vermehrung der Nachfrage ein Steigen, als Verkaufslustige durch Vermehrung des Angebotes ein Sinken der Preise, somit eine Preisfluktuation herbeiführen, welche leicht auf die Interessen des Kommittenten sehr ungünstig zurückwirken kann. Dazu kommt, dass das Verbot des Selbsteintrittes vom Kommissionär ohne besondere Schwierigkeiten dadurch umgangen werden könnte, dass er bei der Einkaufskommission einem vorgeschobenen Dritten verkaufen und von diesem sofort zum Markt- oder Börsenpreise für den Kommittenten zurückkaufen, bei der Verkaufskommission für einen vorgeschobenen Dritten zum Markt- oder Börsenpreise kaufen und von diesem sofort zurückkaufen würde.

Das Handelsgesetzbuch konnte den oben erwähnten Handelsgebrauch, soweit er das Auftreten des Kommissionärs als selbständigen Lieferanten oder Abnehmer gestattet, nicht unbeachtet lassen, ohne mit dem Bedürfnisse des Verkehrs und der kaufmännischen Anschauung in Widerspruch zu treten,[2]) es hat ihn aber mit Recht nur als **Ausnahme** von der Regel unter gewissen Beschränkungen sanktionirt, welche geeignet erscheinen, in der durch den Selbsteintritt des Kommissionärs hervorgerufenen Situation das Interesse des Kommittenten genügend zu wahren. Insoferne jener Handelsgebrauch eine Kombination entgegengesetzter Aufträge verschiedener Kommittenten zulässt, besteht er nach dem Handelsgesetzbuche unbeschränkt zu Recht: nur macht sich der Kommissionär verantwortlich, wenn er nicht bei dieser Art abgekürzter Ausführung das In-

[2]) In der Frage, ob der Kommissionär gemäss dem Handelsgebrauche als Selbstkontrahent eintreten dürfe, waren die Ansichten vor dem Handelsgesetzbuche sowohl in der Doktrin als auch in der Rechtssprechung getheilt, s. Grünhut S. 455 ff. Not. 3.

teresse eines jeden Kommittenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gewahrt hat.[3])

Das Handelsgesetzbuch (Art. 376),[4]) macht das Selbstkontrahirungsrecht des Kommissionärs von zwei Voraussetzungen abhängig:

1. Es lässt den Selbsteintritt nur unter der Voraussetzung zu, dass „der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat". Jeder Kommittent, dem es bei der Einkaufskommission nicht blos um die gewollte Waare, bei der Verkaufskommission nicht blos um den gewollten Erlös zu thun ist, oder der es überhaupt vermeiden will, dass zwischen seinen Interessen und den Interessen des Kommittenten der oben karakterisirte, immerhin gefährliche Gegensatz hervorgerufen werde, ist berechtigt, den Selbsteintritt des Kommissionärs zu untersagen und imperativ vorzuschreiben, dass die Kommission durch Abschluss des Geschäftes mit einem dritten Kontrahenten ausgeführt werde. Die Entziehung des Rechtes zum Selbsteintritt kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; sie ist dann als gewollt anzunehmen, wenn die Natur des aufgetragenen Geschäftes es mit sich bringt, dass es nicht die Absicht des Kommittenten sein konnte, das Recht zum Selbsteintritt zuzugestehen; so z. B. bei Aufträgen zum Abschluss von Differenzgeschäften.[5])

2. Es gestattet den Selbsteintritt nur bei Kommissionen „zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben", so dass der Börsen- und Marktpreis stets die Schranke bildet, welche der Kommissionär in keinem Fall zum Nachtheil des Kommittenten überschreiten darf. Hat der Gegenstand, dessen Einkauf oder Verkauf aufgetragen ist, keinen Börsen- oder Marktpreis, so steht dem Kommissionär das Recht zur Selbstkontrahirung in keinem Falle zu, selbst dann nicht, wenn vom Kommittenten ein Limitopreis gesetzt ist. Wie der Kommissionär in dem letzteren Falle nicht für berechtigt gilt, das aufgetragene Geschäft dadurch auszuführen, dass er zum Limitopreise selbst eintritt, so ist andererseits, wenn der Gegenstand, dessen Einkauf oder Verkauf aufgetragen ist, einen Börsen- oder Marktpreis hat, das Selbstkontrahirungsrecht des Kommissionärs dadurch allein nicht als ausgeschlossen anzusehen, dass vom Kommittenten ein Limitopreis gesetzt ist.[6]) Unnöthig ist es, dass die Waare gerade am Orte der Niederlassung des Kommissionärs einen Börsen- oder Marktpreis habe; nur so viel ist nöthig, dass die Waare, wenn der Kommissionär die Kommission durch Abschluss des aufgetragenen Kaufgeschäftes mit einem Dritten ausführen wollte, an dem für das betreffende Geschäft maassgebenden Handelsplatze einen Börsen- oder Marktpreis hätte.

Das Handelsgesetzbuch beschränkt das Recht des Kommissionärs zur Selbst-

---

[3]) Anderer Ansicht Gad, H.R. § 131 S. 273; dagegen vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 23 S. 90; Bd. V Nr. 79 S. 352.

[4]) Ebenso ungar. H.G.B. § 381.

[5]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 19 S. 43, 44, Thöl, H.R. § 307, v. Hahn zu Art. 376 Not. 26 a.

[6]) v. Hahn zu Art. 376 § 9, R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 36 S. 104.

kontrahirung nur dadurch, dass es das Vorhandensein dieser zwei Voraussetzungen verlangt; andere Beschränkungen des Eintrittsrechtes anerkennt das Gesetz nicht. Auch der del credere stehende Kommissionär kann als Selbstkontrahent eintreten.[7]) Der Einkaufs-Kommissionär ist ins besondere gesetzlich nicht verhindert, auch dann das Eintrittsrecht auszuüben und als Selbstlieferant zu kontrahiren, wenn er die markt- oder börsengängigen Waaren, deren Einkauf ihm aufgetragen ist, selbst zur Zeit des Selbsteintritts noch nicht besitzt, so dass er sich erst durch einen Geschäftsabschluss mit einem Dritten in den Stand setzen muss, die Kommission als Selbstkontrahent ausführen und als Selbstverkäufer liefern zu können, doch macht er sich verantwortlich, wenn er nicht bona fide mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist.[8]) Ebensowenig ist das Eintrittsrech auf sog. glatte Kaufgeschäfte beschränkt, d. h. auf solche, welche Zug um Zug zu erfüllen oder ohne besondere Nebenabreden geschlossen sind; das Eintrittsrecht kann auch dann geltend gemacht werden, wenn es sich um bedingte oder betagte Verpflichtungen aus dem Kaufgeschäfte handelt.[9])

Jede Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, gilt, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt, also das Kontrahiren mit einer dritten Person ausdrücklich oder stillschweigend imperativ vorgeschrieben hat, kraft Rechtsnothwendigkeit als fakultativ rücksichtlich des Modus der Ausführung, so dass dem Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrages ipso jure die alternative Befugniss eingeräumt erscheint, nach seiner Wahl entweder das aufgetragene Kaufgeschäft mit einer dritten Person abzuschliessen oder in Beziehung auf dasselbe selbst als Verkäufer oder Käufer einzutreten.[10]) Wie bei jeder fakultativen Kommission, so ist auch hier die freie Bewegung des Kommissionärs durch seine Pflicht begrenzt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum Vortheil des Kommittenten zu handeln und dessen Interessen nach besten Kräften zu wahren. Ebensowenig wie der Kommissionär bei Kommissionen, welche in anderen Punkten fakultativ gestaltet sind, den Eingebungen seiner persönlichen Laune zum Nachtheile des Kommittenten zu folgen berechtigt ist, ebensowenig ist es ihm hier gestattet, bei der Wahl zwischen den beiden Arten der Ausführung der Kommission sich durch einen uneingeschränkten Egoismus zum Nachtheile des Kommittenten leiten zu lassen; der Kommissionär ist vielmehr verpflichtet, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes findet, dass bei dem Kontrahiren mit einer dritten Person für den Kommittenten günstigere Bedingungen zu erlangen wären, als jene es sind, welche er selbst zu gewähren geneigt ist, im Interesse des Kommittenten sich

[7]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 16 S. 52; über die praktischen Unterschiede zwischen Delcredere und Selbsteintritt s. Grünhut S. 498 ff.

[8]) v. Hahn zu Art. 376 § 4 Not. 17, R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106 S. 354, bes. Bd. XX Nr. 80 S. 326.

[9]) R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 52 S. 238.

[10]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106 S. 354, Bd. XX Nr. 80 S. 326, v. Hahn zu Art. 376 § 2.

des Selbsteintritts zu enthalten; hat der Kommissionär bei der Wahl der Alternative des Selbsteintritts etwas gethan oder unterlassen, was ein ordentlicher Kaufmann in solchen Fällen nicht zu thun oder zu unterlassen pflegt, so ist er über die jeder fakultativen Kommission selbsverständlich gezogene Grenze hinausgegangen; der Kommittent ist zwar in diesem Falle nicht berechtigt, das von dem Kommissionär in sich selbst abgeschlossene Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen, er ist aber berechtigt, den Ersatz des ihm durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes von dem Kommissionär zugefügten Schadens zu verlangen. War der Kommissionär bei der Wahl der Alternative des Selbsteintritts durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet, so kann es ihm nicht zur Last gelegt werden, dass er die andere Alternative hintangesetzt hat, obwohl die aufgetragene Operation für den Kommittenten vortheilhaftere Resultate gehabt hätte, wenn sie der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen hätte; denn der Kommissionär hat mittelst des von ihm gewählten Modus der Ausführung das aufgetragene Geschäft ausgeführt und kein anderes.

Das Verhältniss zwischen den beiden Alternativen stellt sich demnach so dar, dass die eine Alternative, die Ausführung der Kommission durch Abschluss mit einem Dritten, als der Hauptmodus der Ausführung erscheint, durch dessen Wahl sich der Kommissionär einerseits niemals verantworlich machen kann, zu dessen Wahl derselbe andererseits nicht nur berechtigt, sondern unter Umständen verpflichtet ist, dann nämlich, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Wahl dieser Alternative als geboten erscheinen lässt, dass aber die andere Alternative, der Selbsteintritt des Kommissionärs, lediglich als ein **Recht**, niemals als eine Pflicht des Kommissionärs anzusehen ist, so dass sich dieser durch die Nichtwahl dieser Alternative in keinem Falle, durch die Wahl derselben aber dann verantwortlich macht, wenn diese Wahl nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgenommen worden ist.

II. **Wirkungen der Selbstkontrahirung.**

a. **Die rechtliche Stellung des Selbstkontrahenten als eines Kommissionärs.** Der Kommissionär kommt in Folge seines Selbsteintritts durchaus nicht blos als Proprehändler in Betracht; er behält vielmehr auch **nach** dem Selbsteintritt seine rechtliche Stellung als Kommissionär. Die Kommission bleibt daher trotz der Selbstkontrahirung innerhalb des juristischen Rahmens des Kommissionsgeschäftes; sie ist nach wie vor, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, nach den bezüglich des Kommissionsgeschäftes sonst geltenden Vorschriften zu behandeln, so als ob der Kommissionär, statt das aufgetragene Geschäft in sich selbst abzuschliessen, gemäss der anderen Alternative mit einem Dritten kontrahirt hätte.

Der selbstkontrahirende Kommissionär hat als Kommissionär (Art. 361) die Pflicht, zur gehörigen Ausführung des aufgetragenen Geschäftes und zur sofortigen Anzeige nach Art. 361; er hat diese Pflicht erfüllt, wenn er auch nur anzeigt, dass, wenn auch nicht, wie er ausgeführt habe; so wenig der Kommissionär bei Abschluss des aufgetragenen Geschäftes mit einem Dritten verpflichtet ist, schon

in der ihm nach Art. 361 obliegenden Anzeige den Namen des dritten Kontrahenten zu nennen, so wenig ist er im Falle der Selbstkontrahirung verpflichtet, sofort sich selbst als Selbstkontrahenten zu bezeichnen.[11]) Der Kommissionär kann auch die Anzeige ganz unterlassen, er macht sich allerdings in Folge dessen nach Art. 362 verantwortlich, bleibt aber dessenungeachtet Selbstkontrahent und ist als solcher im Verhältniss zum Kommittenten zu behandeln. Die Angabe des gewählten Modus der Ausführung, ob der Kommissionär als Selbstkontrahent eingetreten sei oder mit einer dritten Person kontrahirt habe, gehört zur Rechenschaftslegung.

Hat der Kommissionär dem Kommittenten die Anzeige nach Art. 361 erstattet, dass der Auftrag ausgeführt worden sei, obwohl die Ausführung in Wahrheit noch nicht erfolgt war und zwar nur eine Anzeige in ganz allgemeiner Fassung, etwa, dass er den aufgetragenen Einkauf oder Verkauf bewirkt habe, ohne also bestimmt zu erklären, ob er als Selbstkontrahent eingetreten sei oder mit einem namhaft gemachten Dritten kontrahirt habe,[12]) so steht es einerseits dem Kommittenten frei, ihn als Selbstkontrahenten zu behandeln (Art. 376 Abs. 3), andererseits ist er selbst noch berechtigt, zwischen den beiden alternativen Arten der Ausführung nach seinem Ermessen zu wählen, also entweder mit einem Dritten zu kontrahiren oder seinen Eintritt als Selbstkontrahent zu vollziehen. Ebensowenig wie bei sonstigen fakultativ gestalteten Kommissionen, ist in Art. 376 dem Rechte des Kommissionärs, den Modus der Ausführung alternativ zu wählen, eine andere zeitliche Schranke gezogen, als diejenige, welche in dieser Beziehung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gegeben ist. Darin allein aber, dass der Kommissionär einen dritten Kontrahenten in der Anzeige nicht genannt hat, liegt ebensowenig die Erklärung, dass er in Wahl der einen Alternative als Selbstkontrahent eingetreten sei, als die Erklärung, dass er in Wahl der anderen Alternative mit einem Dritten abgeschlossen habe.[13])

Hat der Kommissionär dem Kommittenten die Anzeige über die Ausführung des Auftrages in der oben erwähnten allgemeinen Fassung gemacht, nachdem er einmal das Geschäft in der einen oder anderen Weise abgeschlossen hatte, so kann er die erfolgte Ausführung des Auftrags nicht mehr rückgängig machen und hinterher einen anderen Modus der Ausführung wählen; seine Pflicht ist es vielmehr, dem Kommittenten Rechenschaft darüber abzulegen, welchen Modus der Ausführung er in Wirklichkeit gewählt habe. Nicht zu billigen ist die

---

[11]) Anders R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 21 S. 94, dagegen aber bes. Bd. XIX Nr. 106 S. 358.

[12]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106 S. 356, Reichsgericht Bd. I Nr. 105 S. 290.

[13]) Nach einer anderen Ansicht muss der Kommissionär spätestens in der ihm nach Art. 361 obliegenden Anzeige seinen Eintritt als Selbstkontrahent erklären. So Gad in Zeitschr. f. H.R. Bd. XIV S. 234—256; ders. im Centr.-Org., N. F. I S. 597; ebenso Kräwel in Buschs Arch. VIII S. 464, XI S. 110; Anschütz, Komm. zu Art. 376 Anm. 21, 24. Anders R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 83 S. 334, Bd. XIX Nr. 106 S. 358, Bd. XX Nr. 80 S. 326, Reichsgericht Bd. I Nr. 105, v. Hahn zu Art. 376 § 10.

Ansicht, dass erst die einmal **erklärte**, nicht schon die wirklich **ausgeübte** Wahl des Kommissionärs rücksichtlich des einen oder des anderen Modus der Ausführung unabänderlich sei.[14]) Dadurch wäre dem Kommissionär die Möglichkeit gegeben, auf Kosten des Kommittenten nach Belieben zu spekuliren, dadurch, dass er die Erklärung darüber, welchen Modus der Ausführung des Auftrags er gewählt habe, so lange als möglich hinausschiebt und je nach den veränderten Konjunkturen bald durch den Selbsteintritt den durch Abschluss mit einem Dritten für den Kommittenten bereits erzielten Gewinn an sich zieht, bald durch den hinterher gewählten Abschluss mit einem Dritten den ihm aus dem erfolgten Selbsteintritt bereits erwachsenen Verlust auf den Kommittenten überwälzt. Diese Gefahr der Ausbeutung des Kommittenten wird vermieden, wenn der Kommissionär nicht erst an die dem Kommittenten gegenüber **erklärte**, sondern auch schon an die einmal **vollzogene** Wahl des Modus der Ausführung gebunden ist, daher nur so lange das freie Wahlrecht zwischen dem einen oder andern Modus der Ausführung behält, als er in Wirklichkeit noch nicht ausgeführt hat.[15])

Hat der Kommissionär in Wirklichkeit mit einem Dritten abgeschlossen und behandelt ihn der Kommittent seinem Wahlrechte gemäss (Art. 376 Abs. 3) als Selbstkontrahenten, so hat der Kommissionär über das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft Rechenschaft zu geben und persönlich als fingirter Käufer oder Verkäufer für die Erfüllung aller Verbindlichkeiten einzutreten, welche der dritte Kontrahent als wirklicher Käufer oder Verkäufer aus dem von dem Kommissionär mit ihm abgeschlossenen Geschäfte zu erfüllen hat; die Verbindlichkeit des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten wird dahin erweitert, dass er im Falle später sich ereignender Hinderungen in der Kontraktserfüllung nicht berechtigt ist, die Verantwortlichkeit von sich abzulehnen und sie auf seinen Kontrahenten zu werfen.[16]) Der Kommissionär hat in diesem Falle nicht das Recht, anstatt des wirklich dem dritten Kontrahenten bezahlten oder von dem dritten Kontrahenten eingenommenen Preises als Selbstkontrahent blos den Börsen- oder Marktpreis in Rechnung zu stellen und die Differenz zu lukriren.[17])

Der selbstkontrahirende Kommissionär genügt seiner Pflicht zur **Rechenschaftslegung**, wenn er darthut, dass bei dem berechneten Preise der Börsen- oder Marktpreis **zur Zeit der Ausführung** des Auftrages eingehalten worden sei; er darf sich, wenn ein Limitopreis gesetzt ist, nicht die Differenz zwischen dem Limito- und dem Markt- oder Börsenpreise zueignen. Der Kommissionär muss die Zeit der Ausführung des Auftrags darthun und durch diese Angabe den Kommittenten in den Stand setzen, den Markt- oder Börsenpreis des betreffenden Tages zu verifiziren. Als maassgebende Grundlage für den zu

---

[14]) So R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106, Bd. XX Nr. 80; vgl. dazu v. Hahn zu Art. 376 § 10 (Text zu Not. 35).

[15]) Dernburg l. c. § 187 Not. 10.

[16]) R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 119 S. 387.

[17]) R.O.H.G. Bd. III Nr. 42 S. 189; eod. Nr. 71 S. 334, 335; IV Nr. 34 S. 168, 170; V Nr. 62 S. 279, 281; VIII Nr. 21 S. 94; XI Nr. 4 S. 9; XII Nr. 85, S. 263, 264.

liefernden Rechnungsnachweis rücksichtlich des Börsen- oder Marktpreises ergibt sich in der Regel der Zeitpunkt der dem Kommittenten gemachten Anzeige über die Ausführung des Geschäftes (Art. 361), also der Börsen- oder Marktpreis des betreffenden Tages, umsomehr als bis zu diesem Zeitpunkte der Kommittent den Auftrag zu widerrufen befugt ist (Art. 377), in keinem Falle aber genügt der blosse, dem Kommittenten nicht gemeldete Entschluss des Kommissionärs, von den eigenen Beständen gewisse Quantitäten für den Kommittenten bereit zu halten, da ein solcher Willensakt, der einseitig wieder geändert werden kann, die Ausführung des Auftrages nicht zu begründen vermag.[18]) Dem Kommittenten bleibt es vorbehalten zu beweisen, dass der Kommissionär bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes mit einem Dritten hätte kontrahiren können, der günstigere Bedingungen als den maassgebenden Börsen- oder Marktpreis bewilligt hätte, oder dass der angegebene Börsen- oder Marktpreis nicht den wirklichen Verhältnissen entspreche.

Der selbstkontrahirende Kommissionär hat als Kommissionär (Art. 371) das Recht auf die gewöhnliche Provision und auf die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten; er kann dem Kommittenten ohne weitere Beweispflicht in Rechnung bringen, was er nach der normalen Uebung im Verkehr für seine Rechnung hätte nothwendig oder nützlich aufwenden müssen, wenn er nicht selbst zu liefern oder zu kaufen im Stande gewesen wäre; z. B. Courtage, Lagermiethe, Arbeitslöhne für seine Leute, Ersatz für Benutzung von Transportmitteln, Ablade- und Abwagkosten; in keinem Falle hat er aber das Recht auf eine Delcredere-Provision;[19]) es fehlt die Möglichkeit für die Erfüllung der Verpflichtung des dritten Kontrahenten als Bürge einzustehen und dem Kommittenten durch Uebernahme der mit seinem Auftrag verknüpften Gefahr der Nichterfüllung des Dritten eine erhöhte Sicherheit zu geben. Auch dem selbstkontrahirenden Kommissionär steht das gesetzliche Pfandrecht (Art. 374, 375) zu.[20])

b. **Die rechtliche Stellung des Selbstkontrahenten als Proprehändlers.** Der Kommissionär ist durch die Selbstübernahme des aufgetragenen Geschäftes Käufer oder Verkäufer geworden, **aber nur in gleicher Weise wie es der dritte Kontrahent geworden wäre**, wenn der Kommissionär die andere Alternative behufs Ausführung der Kommission gewählt und das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hätte. Dem Dritten gegenüber wäre er, da er den Kaufvertrag in eigenem Namen abzuschliessen hatte, für Rechnung und im Auftrage des Kommittenten entweder Käufer oder Verkäufer geworden: da er nun auf Grund des Kommissionsauftrages gemäss der ihm gesetzlich zustehenden alternativen Befugniss das aufgetragene Kaufgeschäft in sich selbst abgeschlossen hat, so ist er so zu behandeln als ob **er in seiner Person die doppelte Eigenschaft des**

---

[18]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 34 S. 168.

[19]) Anders v. Hahn zu Art. 376 § 12 Not. 42.

[20]) Laband in Zeitschr. f. H.R. IX S. 450.

Käufers und Verkäufers vereinigte; er gilt bei der Einkaufskommission zugleich als Verkäufer für seine eigene Rechnung und als Käufer im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten; er gilt bei der Verkaufskommission zugleich als Käufer für seine eigene Rechnung und als Verkäufer im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten.

Die beiden Funktionen als Käufer und Verkäufer, welche sonst zwei Personen zufallen, hier aber in der **einen** Person des Kommissionärs als verschmolzen anzusehen sind, müssen juristisch völlig geschieden werden. Als Käufer, resp. Verkäufer für seine eigene Rechnung hat der Kommissionär dieselbe rechtliche Stellung, welche sonst dem dritten Kontrahenten in dem aufgetragenen Geschäfte zukommt, daher **alle Rechte und Pflichten eines solchen dritten Käufers resp. Verkäufers.** Dies und nicht mehr sagt Art. 376, wenn er bestimmt, dass der Kommissionär befugt sei, selbst als Verkäufer zu liefern oder als Käufer für sich zu behalten (Abs. 1) und dass der Kommittent befugt sei, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen (Abs. 3). Es ist hier ein von der Natur des reinen Kommissionsgeschäftes abweichender Ausnahmsfall gesetzlich statuirt, in welchem der Kommissionär berechtigt ist, gleichzeitig und bei einem Rechtsgeschäfte für den Auftraggeber zu handeln und seine eigenen Rechte wahrzunehmen, bei dem aufgetragenen Kaufvertrage die Stellen der einander gegenüberstehenden Kontrahenten in seiner Person zu verbinden und die lex contractus desselben, soweit der Kommittent keine besonderen Vorschriften ertheilt hat, nach seinem durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleiteten Arbitrium festzustellen.

Keineswegs soll durch Art. 376 bestimmt werden, dass der Kommissionär durch seinen Selbsteintritt als Käufer oder Verkäufer in den aufgetragenen Kaufvertrag **den Kommittenten sich selbst gegenüber zum Verkäufer oder Käufer** in diesem dem Auftrag gemäss abgeschlossenen Kaufvertrage zu machen berechtigt sei, so als ob es sich gar nicht um einen Kommissionsauftrag handeln würde, sondern als ob ein Proprekauf zwischen ihm und dem Kommittenten abgeschlossen worden wäre. Es ist ein Fundamentalsatz des deutschen Handelsrechts, dass der Kommissionär das aufgetragene Geschäft in **eigenem** Namen abzuschliessen hat; in Widerspruch damit stünde es aber nicht nur, wenn der Kommissionär das aufgetragene Geschäft im Namen des Kommittenten mit einem **Dritten** abschlösse, sondern auch wenn er durch seinen **Selbsteintritt** den Kommittenten selbst als Käufer oder Verkäufer in das aufgetragene Geschäft hineinzuzerren berechtigt wäre; wenn auch der Kommissionär einerseits allerdings nicht einen Augenblick sich selbst darüber täuschen kann, dass er nur für den Kommittenten handelt, so kann er andererseits doch auch nicht einen Augenblick ignoriren, dass der Kommittent überhaupt nicht den Willen hat, dass in seinem Namen kontrahirt, dass er also aus dem aufgetragenen Kaufvertrage **unmittelbar** als Käufer oder Verkäufer verpflichtet werde, dass er vielmehr lediglich den Willen hat, dass sich in seinem Auftrage und für seine Rechnung der **Kommissionär** verpflichte, sei es gegenüber dem dritten Kontrahenten, sei es gemäss der durch Art. 376 statuirten Ausnahme sich selbst gegenüber.

Unhaltbar ist die Auffassung, dass in einer jeden Kommission nach Art. 376 eine **eventuelle** oder **alternative** Offerte von Seite des Kommittenten zum Abschluss eines entsprechenden Propregeschäftes gelegen sei; sie bewirkt eine vollständige Vermengung des Kommissions- und Propregeschäftes, entspricht nicht dem Geiste des Gesetzes und findet auch in dem Bedürfnisse des Verkehrs keine Rechtfertigung. Hat der Kommissionär den Auftrag, einen börsen- oder marktgängigen Gegenstand für Rechnung des Kommittenten einzukaufen oder zu verkaufen, einmal angenommen, so liegt ein Kommissionsvertrag vor; es fehlt dann überhaupt an dem Substrate für eine Offerte zu einem Kaufvertrage; die schon angenommene Kommissionsofferte erscheint konsumirt, sie kann nicht noch einmal als Kaufofferte behandelt und angenommen werden. Hätte der Kommissionär den Auftrag noch nicht angenommen, so dass es ihm noch freistünde die Kommissionsofferte als eine Offerte zum Kaufvertrage zu behandeln, so wäre er, wenn er von dieser Befugniss keinen Gebrauch machen wollte, überhaupt nicht verpflichtet, den Auftrag auszuführen, und doch besteht ohne Zweifel die Verpflichtung des Kommissionärs, den übernommenen Auftrag durch Abschluss mit einem Dritten auszuführen, wenn er nicht selbst gemäss Art. 376 eintreten will. Fingirt man aber das Vorhandensein von zwei alternativen oder eventuellen Offerten, durch deren Acceptation die beiden verschiedenen Vertragsverhältnisse, der Kommissions- oder Kaufvertrag, entstehen würden, so könnte doch immer nur die eine **oder** die andere Offerte acceptirt werden. Muss nun eine Verpflichtung des Kommissionärs als sofort existent anerkannt werden, den übernommenen Auftrag, wenn er nicht selbst gemäss Art. 376 eintreten will, durch Geschäftsabschluss mit einem Dritten jedenfalls auszuführen, so muss vorausgesetzt werden, dass er die eine Offerte zum Abschluss des Kommissionsvertrages angenommen habe und dass dieses so entstandene Vertragsverhältniss erlösche, sobald sich der Kommissionär durch die Annahme der eventuellen oder alternativen Offerte für das andere Vertragsverhältniss, den Kaufvertrag, entschieden habe; erlischt nun aber die Kommission als die primäre Obligation, so bleibt Art. 376 Abs. 2 unerklärt, welcher das Vorhandensein der Kommission jedenfalls voraussetzt und dem selbstkontrahirenden Kommissionär die Rechte eines Kommissionärs gewährt.

Bedenkt man, dass nur wichtige Opportunitätsgründe dazu führten, dem Kommissionär die der juristischen Natur des Auftrags widersprechende Befugniss des Selbsteintritts einzuräumen, so entspricht es gewiss nicht dem Geiste des Gesetzes, wenn man dem Kommissionär nicht nur gestattet, was durch dringende Bedürfnisse des Verkehrs allerdings gerechtfertigt ist, nämlich in dem ihm aufgetragenen Geschäfte **sich selbst** die Funktion des **dritten** Kontrahenten zuzutheilen, sondern auch, was durch solche Rücksicht nicht geboten ist, den Kommissionsvertrag willkürlich in einen Kaufvertrag umzuwandeln, den Kommittenten ohneweiters als Kontrahenten in den Kaufvertrag hineinzuschieben und ihm in demselben die rechtliche Stellung eines Käufers oder Verkäufers anzuweisen. Wird die Doppelstellung des Kommissionärs als Käufers und Verkäufers als vorhanden anerkannt, so hat er die — wenn auch schwer zu

erfüllende und vielleicht selten erfüllte — rechtliche Pflicht als Kommissionär das Interesse des Kommittenten sich selbst gegenüber in seiner Funktion als drittem Kontrahenten wahrzunehmen; das Interesse des Kommittenten mag oft genug wegen der vorhandenen Personenidentität faktisch preisgegeben sein, es ist aber wenigstens rechtlich gewahrt. Weist man aber dem Kommissionär lediglich die Stellung als Käufer oder Verkäufer gegenüber dem Kommittenten als Verkäufer oder Käufer an, so wird er von jeder Rücksichtnahme auf den Kommittenten von vornherein rechtlich befreit; es wird ihm das Recht zuerkannt, einseitig seinen Vortheil im Auge zu behalten und die juristische Basis gegeben, von welcher aus er zum Nachtheil des Kommittenten zu operiren vermag.

Das Interesse des Kommittenten erheischt es daher, dass ihm die Klage aus dem **Kommissionsvertrage** (a⁰. mandati dir.) gegen den selbstkontrahirenden Kommissionär erhalten bleibe; während aber dem selbstkontrahirenden Kommissionär, der ja in seiner Person die Doppelstellung des Käufers und Verkäufers vereinigt, gegen den Kommittenten lediglich die Klage aus dem Kommissionsvertrage (a⁰. mandati contr.) zusteht, gibt das Gesetz den Kommittenten ausserdem die Klage aus dem **Kaufvertrage** (utilis a⁰.) gegen den Kommissionär als ein Aequivalent für die durch die Personenidentität zwischen Kommissionär und drittem Kontrahenten in jedem Falle herbeigeführte Gefährdung seiner Interessen, so dass dem Kommittenten das Recht zusteht, mit dieser Klage die Forderungen aus dem von dem Kommissionär in sich selbst abgeschlossenen Kaufvertrage gegen den Kommissionär in dessen Eigenschaft als dritten Kontrahenten geltend zu machen. [21])

III. **Die Verschweigung des Namens eines dritten Kontrahenten.** Mit der Frage, ob der Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten befugt sei, hängt die andere Frage zusammen, ob der Kommissionär verpflichtet sei, auf Verlangen des Kommittenten seinen dritten Kontrahenten zu nennen. Versagt man ihm das Selbstkontrahirungsrecht, so kann man ihm auch nicht unbedingt das Recht zuerkennen, bei der Rechenschaftslegung zu verschweigen, an wen er auf Grund des Auftrages verkauft, von wem er eingekauft habe. Mit der Anerkennung des Rechtes der Selbstkontrahirung hat das Handelsgesetzbuch zugleich und zwar in demselben Umfange wie jenes Recht auch das Recht des Kommissionärs zur Verschweigung des Namens des dritten Kontrahenten anerkannt.

In jenen Fällen, in welchen der Kommissionär zur Selbstkontrahirung, daher auch zur Verschweigung des Namens des dritten Kontrahenten berechtigt erscheint, hat das Gesetz dem Kommittenten das Recht eingeräumt, den Kommissionär, wenn er die rechtzeitige Nennung des dritten Kontrahenten unterlassen hat, als Selbstkontrahenten, also als persönlich verpflichteten Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen. [22]) Ohne das Präjudiz des Abs. 3

[21]) Ueber die praktischen Resultate dieser Auffassung s. Grünhut l. c. S. 491—497.

[22]) Die Anzeige, dass „ein Freund", also ein Dritter, dessen Namen aber nicht genannt wird, Käufer sei, schliesst die Anwendbarkeit des Art. 376 Abs. 3 nicht aus. Eine derartige unbestimmte Mittheilung kann der Nennung des Käufers nicht gleich-

Art. 376 [23]) würde der Kommittent, wenn der Kommissionär den Namen eines dritten Kontrahenten nicht genannt hat, in Ungewissheit darüber bleiben, ob der Kommissionär mit einem Dritten oder in sich selbst abgeschlossen habe. Art. 376 Abs. 3 hat zu Gunsten des Kommittenten ein Zwangsmittel geschaffen, um diesen Schwebezustand zu beseitigen; der Kommittent ist nun in der Lage, sobald als möglich zu wissen, worauf er eigentlich ein Recht habe, und bleibt nicht auf seine Kosten gefährlichen Spekulationen des Kommissionärs ausgesetzt.

Verschweigt der Kommissionär, obwohl er in Wirklichkeit das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, bei der ihm nach Art. 361 obliegenden Anzeige über die Ausführung des Auftrages den Namen des dritten Kontrahenten, so hat der Kommittent kraft Rechtsnothwendigkeit die in dem Kommissionsvertrage wurzelnde alternative Befugniss, nach seiner Wahl entweder den Kommissionär als solchen in Anspruch zu nehmen und die Abwicklung des Kommissionsgeschäftes auf Grundlage des in Wirklichkeit mit einem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrages zu verlangen, oder den Kommissionär als Selbstkontrahenten zu behandeln. [24]) Das Gleiche muss für den Fall gelten, wenn der Kommissionär die ihm nach Art. 361 obliegende Anzeige überhaupt unterlassen hat; sonst wäre der Kommissionär, welcher der Vorschrift des Gesetzes, über den Abschluss des Geschäftes sofort Anzeige zu erstatten, zuwiderhandelt, besser gestellt als der Kommissionär, welcher diese Vorschrift befolgt hat.

Der Kommissionär ist aber keineswegs ohne weiteres als Selbstkontrahent anzusehen; vielmehr ist das Rechtsverhältniss nach wie vor zunächst ausschliesslich nach den bezüglich des Kommissionsgeschäftes geltenden Vorschriften bis dahin zu behandeln, als der Kommittent von seiner Befugniss Gebrauch macht und dies dem Kommissionär erklärt; [25]) erst in Folge einer solchen Erklärung wird er nicht blos als Kommissionär, sondern auch als Selbstkontrahent, als Käufer oder Verkäufer für eigene Rechnung angesehen. [26]) Will der Kommittent von der ihm eingeräumten Befugniss keinen Gebrauch machen, so kommt es nun darauf an, wie die Kommission wirklich ausgeführt worden ist, [27]) ob der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen, oder in sich selbst kontrahirt

---

geachtet werden, weil sie den Kommittenten nicht in den Stand setzt, die Uebereinstimmung der Verkaufsbedingungen mit der Verkaufsanzeige zu prüfen und mit Rücksicht auf die Person des Käufers die zur Sicherung des Eingangs des Kaufgeldes geeigneten Maassregeln zu ergreifen. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 36 S. 103.

[23]) Ebenso § 381 ungar. H.G.B.

[24]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XX Nr. 7 S. 299.

[25]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 83 S. 344, Bd. XIV Nr. 110 S. 387.

[26]) Handelt es sich um ein Kaufgeschäft, dessen Erfüllung gemäss dem Auftrage bedingt oder betagt sein sollte, z. B. Verkauf mit Kredit oder mit bestimmten Modalitäten in Betreff der Kaufpreiszahlung (Verpflichtung zu eventuellen Nachzahlungen auf die zu verkaufenden, nicht volleingezahlten Namensaktien), so hat der Kommissionär, wenn ihn der Kommittent als Selbstkontrahenten in Anspruch nehmen kann, alle jene Verpflichtungen zu erfüllen, welche er gemäss dem Auftrage dem dritten Kontrahenten auferlegen sollte. R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 52 S. 236 ff.

[27]) v. Hahn zu Art. 376 § 18.

habe. Hat der Kommissionär in Wirklichkeit mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er die einmal getroffene Entscheidung nicht zurücknehmen und als Selbstkontrahent auftreten; er ist vielmehr verpflichtet und berechtigt, sich durchaus als Kommissionär des Kommittenten zu betrachten und zu betragen; er hat den Abschluss des Geschäftes mit dem Dritten zu beweisen und über dasselbe Rechenschaft zu legen. [28])

IV. **Erlöschung des Selbstkontrahirungsrechts.** Der Kommissionär kann von der ihm in den Fällen des Art. 376 durch das Gesetz eingeräumten alternativen Befugniss, das aufgetragene Geschäft entweder mit einem Dritten oder in sich selbst abzuschliessen, nur so lange Gebrauch machen, als der Auftrag selbst besteht. Der Kommittent ist aber berechtigt, den Auftrag, so lange res integra ist, jederzeit nach Belieben zu modifiziren, z. B. den Geschäftsabschluss mit einem Dritten imperativ vorzuschreiben oder auch den Auftrag gänzlich zu widerrufen. Trifft die Modifikation oder der Widerruf des Kommittenten bei dem Kommissionär ein, nachdem dieser das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hatte, so ist der Kommittent an das Geschäft gebunden, mag auch die Anzeige von der Ausführung noch nicht behufs ihrer Absendung abgegeben sein. „Der Auftrag ist objektiv, nachweisbar vollzogen; der Verkauf an den Dritten oder der Einkauf von dem Dritten ist eine in die äussere Erscheinung tretende Thatsache; der Widerruf kann das konsumirte Verhältniss nicht mehr rückgängig machen." [29]) Diese Gebundenheit des Kommittenten müsste auch für den Fall gelten, dass der Kommissionär das Geschäft selbst übernommen hat, wenigstens dann, wenn der Umstand, dass der Selbsteintritt vor dem Widerrufe erfolgt sei, ausser Zweifel gestellt ist, allein Art. 377 schliesst für diesen Fall das Recht des Kommittenten, die Kommission zu widerrufen, resp. zu modifiziren, erst von dem Zeitpunkte angefangen aus, dass die Anzeige des Kommissionärs von der Ausführung behufs der Absendung abgegeben ist, selbst dann, wenn der Kommissionär durch andere Beweismittel darzuthun vermöchte, dass er als Selbstkontrahent schon früher eingetreten war, daher die Kommission bereits vollzogen hatte. Die Anzeige von der Ausführung des Auftrages nach Art. 377 ist identisch mit der Anzeige nach Art. 361, also die einfache Anzeige, dass gekauft oder verkauft worden sei; nicht erforderlich ist die Anzeige der Selbstübernahme, noch weniger das Anerbieten in der Anzeige, den das gesetzte Limito übersteigenden Markt- oder Börsenpreis des entscheidenden Tages zu entrichten; [30]) die mündliche Anzeige hat übrigens dieselbe Wirkung, wie die zur Absendung gegebene schriftliche Benachrichtigung. [31])

Das Widerrufsrecht des Kommittenten besteht auch in jenen Fällen, in welchen der Kommissionär der Absicht des Kommittenten gemäss den Auftrag ungesäumt zu vollziehen hatte, demnach da er als Modus der Ausführung den

[28]) R.O.H.G. Bd. III Nr. 42 S. 189, Nr. 71 S. 335, v. Hahn l. c. Not. 53.
[29]) R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280.
[30]) v. Hahn zu Art. 377 § 5; anders R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 21 S. 94.
[31]) R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 21 S. 94.

Selbsteintritt gewählt hatte, sofort selbst eingetreten war; [32]) denn er hat auch in diesem Falle von der Ausführung des Auftrages sofort Nachricht zu geben, so dass die Absendung der Anzeige als der Moment in Betracht kommt, von dem an der Widerruf ausgeschlossen ist.

So lange die Anzeige behufs der Absendung nicht abgegeben ist, gilt also in allen Fällen der Selbstkontrahirung res als integra, der Auftrag als noch nicht ausgeführt, der früher eingetroffene Widerruf, resp. die früher eingetroffene Modifikation als rechtzeitig eingetroffen, die Kommission selbst als widerrufen, resp. modifizirt. [33]) Der Kommissionär ist nun verpflichtet, den Widerruf zu respektiren. Das gewöhnlich nach aussen hervortretende Kennzeichen für die Selbstübernahme des Geschäftes, die Absendung der Anzeige, ist durch das Gesetz zu einem Momente von der wesentlichsten Bedeutung gemacht und als das einzige Kriterium für die Selbstkontrahirung erklärt, als der Zeitpunkt, von dem an res nicht mehr integra, der Widerruf also ausgeschlossen ist.

Im Falle des Widerrufes kann nun der Kommissionär, dessen Selbsteintritt als nicht erfolgt anzusehen ist und welcher der Voraussetzung gemäss mit einem Dritten noch nicht abgeschlossen hatte, auch nicht mehr von der anderen Alternative, die Kommission auszuführen, Gebrauch machen; im Falle, dass der Kommittent die Kommission nur derart modifizirt, dass er den Selbsteintritt untersagt, kann nun der Kommissionär, wenn er die so modifizirte Kommission überhaupt übernehmen will, noch nachträglich mit einem Dritten kontrahiren.

§ 329.

f. Die Dispositionsstellung bei der Einkaufs- und Verkaufskommission.[1])

Bei der **Einkaufskommission** ist der Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrages verpflichtet, dem dritten Kontrahenten gegenüber jenes Verfahren einzuschlagen, welches das Gesetz dem Käufer für den Fall vorschreibt, dass sich die von auswärts übersendete Waare bei der Ablieferung als mangelhaft herausstellt (Art. 347 des H.G.B.); unterlässt dies der Kommissionär, so muss er dem Kommittenten den Schaden ersetzen, der diesem durch die Lieferung einer nicht empfangbaren Waare entstanden ist. Hat der Kommissionär bei der Ausführung der Kommission die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachtet und den Vorschriften des Art. 347 Genüge geleistet, so haftet er dem Kommittenten gegenüber wegen der Nichtempfangbarkeit der Waare nur dann, wenn er in Folge besonderer Vereinbarung für die Empfangbarkeit der Waare die Garantie übernommen hat. Im letzteren Falle ist der Kommissionär in Beziehung auf die gehörige Erfüllung del credere gestanden; der Kommittent kann sich daher, sobald das im Garantievertrage vorgesehene ungünstige Ereigniss, die Nichtempfangbarkeit der Waare, eingetreten ist, direkt an den Kom-

---

[32]) Anders v. Hahn zu Art. 377 § 6. Vgl. R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280.

[33]) So das R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280, Bd. IV Nr. 34 S. 168.

[1]) Voigt in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXV S. 183 ff.; v. Hahn (2. Aufl.) Zusatz S. 528 ff. Grünhut l. c. S. 214, 491, 496; Hanausek, Die Haftung des Verkäufers § 26.

missionär halten. Eine Verpflichtung des Kommittenten zur Dispositionsstellung nach Art. 347 gegenüber dem Kommissionär besteht in diesem Falle ebenso wenig,[2]) wie in dem Falle, dass der Kommissionär nicht del credere gestanden ist. Durch das Delcredere werden ja die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kommittenten und Kommissionär durchaus nicht verändert; dasselbe fügt ohne weitere Beeinflussung des eigentlichen Kommissionsvertrags zu den Pflichten des Kommissionärs noch eine neue Verpflichtung hinzu, nämlich die Haftung für die gehörige Erfüllung von Seite des Verkäufers, mag dieser dem Kommissionär selbst gegenüber gehörig erfüllt haben oder nicht; keineswegs soll durch das Delcredere die rechtliche Lage des Kommittenten verschlechtert und ihm eine sonst nicht bestehende Pflicht aufgewälzt werden. Mag der Kommissionär für die gehörige Erfüllung eingestanden sein oder nicht, in keinem Falle findet Art. 347 in dem Verhältnisse zwischen den Kommittenten und Kommissionär Anwendung. In dem einen, wie in dem anderen Falle ist der durch Art. 347 dem Verkäufer gewährte Schutz für den Kommissionär in der a°. mand. contr. gelegen; im Handelsverkehr ist es ja überhaupt in der Regel als ein Gebot von Treu und Glauben, insbesondere bei bestehender Geschäftsverbindung, anzusehen auf jede Anzeige, von der angenommen werden kann, dass die Bewahrung des Schweigens dieser Anzeige gegenüber dem Anzeigenden Schaden verursachen könne, zu antworten. Es wäre daher ein Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn der Kommittent nicht mit aller Sorgfalt bestrebt wäre, den Kommissionär über den Zustand des Kommissionsgutes alsbald aufzuklären und ihn dadurch in den Stand zu setzen, den ihn drohenden Schaden durch gehörige Dispositionsstellung thunlichst von sich abzuwenden.[3]) In dem Schweigen des Kommittenten liegt unter Umständen eine Genehmigung der Waare oder doch ein Verschulden, für welches der Kommittent dem Kommissionär zu haften hat.

Handelt es sich um heimliche Mängel des Kommissionsgutes, so ist zu unterscheiden, ob sich dasselbe noch bei dem Kommissionär oder schon bei dem Kommittenten befindet. Im ersteren Falle ist der Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrags verpflichtet, dem dritten Kontrahenten gegenüber die Vorschriften des Art. 347 zu beobachten, sonst ist er dem Kommittenten schadenersatzpflichtig. Im letzteren Falle ist der Anspruch des Kommittenten gegen den Kommissionär dadurch bedingt, dass er seinerseits nichts schuldbarer Weise versäumt, was zur Geltendmachung der Rechte des Kommissionärs wegen Nichtempfangbarkeit nach Art. 347 erforderlich war. Der Kommittent ist auf

---

[2]) Anderer Ansicht Voigt l. c. S. 206, v. Hahn l. c. S. 530, 5. Diese Ansicht hängt mit der früher, namentlich in der Handelswelt, herrschenden unrichtigen Auffassung zusammen, als ob durch das Delcredere jede Kommission von selbst in ein Propregeschäft übergehe, so als ob z. B. der aufgetragene, mit dem dritten Kontrahenten als Verkäufer abgeschlossene Kaufvertrag unmittelbar zwischen dem Kommittenten als Käufer und dem Kommissionär als Verkäufer abgeschlossen worden wäre. Vgl. Grünhut l. c. S. 358 ff. Not. 34 u. 38.

[3]) R.O.H.G. Bd. XXV Nr. 52 S. 215; vgl. Grünhut l. c. S. 198, Dernburg, Preuss. Priv.R. § 186 S. 502.

Grund des Kommissionsvertrages verpflichtet, entweder dem Kommissionär von den zu Tage getretenen Mängeln ohne Verzug Anzeige zu machen, damit dieser in der Lage sei in seiner Eigenschaft als Käufer in eigenem Namen die geeigneten Schritte gegen seinen Verkäufer zu thun oder ohne Vermittlung des Kommissionärs dem dritten Verkäufer gegenüber direkt, jedoch da er mit ihm in keiner direkten obligatorischen Beziehung steht, **im Namen des Kommissionärs** die nicht empfangbare Waare zur Disposition zu stellen.[4]) Ebenso verhält es sich in dem Fall, dass der Kommissionär das Kommissionsgut — nicht auftragswidrig — von dem dritten Verkäufer direkt an den Kommittenten absenden lässt.[5])

Bei der **Verkaufskommission** ist dem Kommissionär bei sonstiger Schadenersatzpflicht vorgeschrieben, gemäss Art. 365 des H.G.B. vorzugehen, wenn das Kommissionsgut in einem äusserlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustand ankommt. Werden erst hinterher von dem Kommissionär Mängel an dem Kommissionsgute entdeckt oder nach vollzogenem Verkaufe von dem dritten Käufer gemäss Art. 347 gerügt, so ist der Kommissionär zwar auf Grund des Kommissionsvertrags verpflichtet, dem Kommittenten die Anzeige nach Art. 361 zu machen, dessen Instruktionen insbesondere auch in Beziehung auf das von ihm gegenüber den Rügen des dritten Käufers zu beobachtende Verfahren einzuholen und eventuell gemäss den Bestimmungen des Art. 366 zu handeln, allein er hat als Verkaufskommissionär nicht die Pflicht, gegenüber dem Kommittenten wie ein Käufer nach Art. 347 zu verfahren.[6])

Ist der Kommissionär bei der **Einkaufskommission** nach Art. 376 als **Selbstkontrahent** eingetreten, so ist der Kommittent ihm gegenüber nicht als Käufer zu behandeln; die erfolgreiche Geltendmachung der Ansprüche, welche für den Kommittenten wegen Nichtempfangbarkeit der von dem Kommissionär gelieferten Waare begründet sind, ist daher nicht dadurch bedingt, dass der Kommittent selbst die sonst einem Käufer zur Wahrung dieser Ansprüche obliegenden Pflichten nach Art. 347 erfülle.[7]) Da der Kommissionär diese Pflichten, um die Rechte aus dem Kaufvertrage im Interesse des Kommittenten zu wahren, einem dritten Kontrahenten gegenüber zu erfüllen hatte, so gilt hier, wo in Folge der Personenidentität der Kommissionär nicht in der Lage ist, sich selbst gegenüber diese Pflichten zu erfüllen, die Fiktion, dass der Kommissionär diese Pflichten sich selbst gegenüber erfüllt habe, so dass er in keinem Falle berechtigt ist, sich auf die Nichterfüllung dieser Pflichten dem Kommittenten gegenüber zu seinem Vortheil zu berufen. Dabei ist aber zu beachten, dass der Kommittent in der Regel durch Treu und Glauben verpflichtet ist, den selbstkontrahirenden Kommissionär so, als ob dieser von einem Dritten gekauft hätte, alsbald von der Nichtempfangbarkeit der Waare zu verständigen, widrigenfalls er als genehmigend gelten kann.

---

4) R.O.H.G. Bd. I Nr. 22.

5) v. Hahn l. c. S. 529, 4, R.O.H.G. Bd. XXV Nr. 52 S. 214.

6) R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 46.

7) Anders v. Hahn l. c. S. 528; dagegen Hanausek S. 303 ff.

Ist der Kommissionär bei der **Verkaufskommission** nach Art. 376 als **Selbstkontrahent** eingetreten, so ist er nicht als Käufer gegenüber dem Kommittenten als Verkäufer gemäss Art. 347 zu verfahren verpflichtet;[8]) denn der Verkaufskommissionär ist überhaupt nicht mit dem Käufer juristisch auf eine Linie zu stellen, weder wenn er an einen Dritten, noch wenn er an sich selbst verkauft. Ebenso aber wie der dritte Kontrahent als Käufer den Kommissionär als Verkäufer wegen Nichtempfangbarkeit der Waare in Anspruch nehmen kann, der Kommissionär seinerseits den Kommittenten davon verständigen muss (Art. 361) und sich wegen des Ersatzes an ihn halten kann, so sind auch im Falle des Selbsteintritts für den Kommissionär in seiner Eigenschaft als dritten Kontrahenten die Rechte wegen Nichtempfangbarkeit begründet, die er allerdings nicht gegen seinen Verkäufer geltend machen kann, da er mit diesem eine und dieselbe Person ist, die aber dessenungeachtet als rechtlich vorhanden anzusehen sind und auch mit der a°. mand. contr. gegen den Kommittenten geltend gemacht werden können, vorausgesetzt dass der Kommissionär die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht vernachlässigt, daher auch von der Nichtempfangbarkeit der Waare den Kommittenten gemäss Art. 361 verständigt hat.

§ 330.

g. Die Kommission zum Einkauf eines Wechsels.[1])

Hat der Kommittent dem Kommissionär den Auftrag ertheilt, einen Wechsel einzukaufen, so würde es dem aus der Natur des aufgetragenen Geschäftes sich ergebenden Willen des Kommittenten, ein zirkulationsfähiges und kreditwürdiges Werthpapier zu erlangen, widersprechen, wenn der Kommissionär dem Indossamente, durch welches er den in eigenem Namen eingekauften Wechsel auf den Kommittenten überträgt, einen Vorbehalt hinzufügte, durch den die regelmässige Regresspflicht der Vormänner unterbrochen würde, da in Folge dessen der Kredit und die Negoziabilität des Papieres eine erhebliche Minderung erlitte; auf dieser Erwägung beruht die Bestimmung des Art. 373 des H.G.B. Der Kommissionär ist, „wenn er den Wechsel indossirt, verpflichtet, denselben regelmässig und ohne Vorbehalt zu indossiren"; er darf also das Indossament insbesondere nicht durch die Klauseln der Art. 14, 15 und 31 der W.O. beschränken.

Durch die hypothetische Fassung der gesetzlichen Bestimmung sollte der ursprünglich vorwaltenden Absicht, dass der Kommissionär schon kraft des Gesetzes verpflichtet sein solle, durch Indossirung des eingekauften Wechsels eine Wechselregresspflicht zu übernehmen, daher unter allen Umständen materiell für die Zahlungsfähigkeit des auf dem Wechselpapiere erscheinenden Wechselverkäufers einzustehen, entgegengetreten werden. In Ermanglung einer besonderen Vereinbarung steht es daher dem Kommissionär frei, ob er eine wechselmässige

---

[8]) Anders v. Hahn l. c. S. 533.

[1]) Grünhut l. c. S. 515—523; dagegen Hanausek S. 212 ff.

Haftung durch Indossirung des eingekauften Wechsels übernehmen will oder nicht; in Folge dessen hat die gesetzliche Bestimmung keine grosse praktische Bedeutung; denn der Kommissionär kann nach Belieben einen in bianco indossirten Wechsel einkaufen und, ohne persönlich eine Wechselverpflichtung zu übernehmen, gemäss Art. 13 W.O. auf den Kommittenten übertragen.

Art. 373 lautet ganz allgemein und bezieht sich daher nicht nur auf den Fall, dass der Auftrag des Kommittenten lediglich auf den Ankauf eines Wechsels als des eigentlichen Gegenstandes der Kommission gerichtet ist, sondern auch auf den Fall, dass bei Gelegenheit einer anderen Kommission, insbesondere bei der Verkaufskommission, der Kommissionär in Folge Auftrags des Kommittenten oder ohne Auftrag, anstatt der Baarzahlung des Kaufpreises für das verkaufte Kommissionsgut, von dem dritten Kontrahenten Wechsel annimmt und an den Kommittenten indossirt.[2])

Es fragt sich, ob der Kommissionär berechtigt ist, für die Indossirung des Wechsels eine Delcredere-Provision zu beanspruchen. Ein solches Recht steht ihm selbstverständlich nur dann zu, wenn ein Delcredere-Stehen überhaupt wirklich vorliegt; letzteres ist aber trotz der Indossirung nicht immer der Fall. Der dritte Kontrahent ist vielleicht überhaupt nicht aus dem Wechsel verpflichtet; er hat mit der Uebergabe des Wechsels seine Verpflichtung aus dem Wechselschlusse vollständig erfüllt; der Kommissionär steht daher durch das Indossament gegenüber dem Kommittenten nicht ein für die Zahlung des dritten Kontrahenten; er steht nicht del credere.

Das Delcredere kann aber allerdings in Form eines Indossamentes vom Kommissionär übernommen werden, wenn nämlich der dritte Kontrahent aus dem Wechsel verpflichtet erscheint und der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber für die Erfüllung der Wechselverpflichtung des dritten Kontrahenten mit seiner Wechselverpflichtung eingetreten ist; in diesem Falle ist der Kommissionär nicht schon dann von aller Verbindlichkeit frei, wenn er bei dem Ankaufe des Wechsels mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist, wenn ihm z. B. in der Prüfung der Zuverlässigkeit der auf dem Wechsel als Wechselschuldner erscheinenden Firmen, des Trassanten, der Giranten und des Acceptanten, durchaus kein Verschulden zur Last fällt; er ist vielmehr für den Eingang, für die Erfüllung der Wechselverpflichtung des dritten Kontrahenten, verantwortlich und zwar auch dem Kommittenten gegenüber, so dass ihm gegen dessen Regressklage eine wirksame Einrede nicht zusteht;[3]) ein solches Delcredere-Stehen kann insbesondere auch dann beabsichtigt sein, wenn der Verkaufskommissionär für den Kaufpreis Wechsel annimmt und dem Kommittenten indossirt.[4]) Beruht die Uebernahme einer solchen Wechsel-

---

[2]) v. Hahn zu Art. 373 § 1.

[3]) Ein Fall blos formeller, nicht materieller Garantie des Kommissionärs R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 95.

[4]) Desshalb allein aber, weil der Verkaufskommissionär del credere steht, haftet er nicht auch für den Eingang der Wechsel, welche er für den Kaufpreis der verkauften Kommissionsgüter angeschafft und an den Kommittenten indossirt hat.

verpflichtung auf Vereinbarung oder auf dem Handelsgebrauch am Orte der Niederlassung des Kommissionärs, so hat der letztere einen Anspruch auf die Delcredere-Provision (Art. 370 H.G.B.).

2. Die Speditionskommission.[1])

§ 331.

a. Begriff des Speditionsvertrags;[2]) Abschliessung desselben.

Der Speditionsvertrag besteht darin, dass der eine Kontrahent (der Kommittent, der Versender) den Auftrag ertheilt, der andere (der Spediteur) den Auftrag übernimmt, für fremde Rechnung in eigenem Namen einen Transport durch Frachtführer (d. h. zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern) oder Schiffer (d. h. zur See) zu besorgen. Wer gewerbemässig solche Aufträge zur Besorgung von Güterversendungen übernimmt und daher in eigenem Namen für fremde Rechnung Frachtverträge und (mit Zwischenspediteuren) Speditionsverträge abschliesst, ist Spediteur (Art. 379 H.G.B.).[3]) Die Rechtssätze über das Speditionsgeschäft kommen nur dann zur Anwendung, wenn entweder ein berufsmässiger Spediteur, also ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nur in Speditionsgeschäften besteht, den Auftrag übernimmt, für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen eine Güterversendung durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen, oder wenn ein Kaufmann, welcher nicht Spediteur von Beruf ist, im Betriebe seines auf andere Handelsgeschäfte gerichteten Handelsgewerbes einen solchen Auftrag übernimmt (Art. 272 Abs. 2, Art. 388 H.G.B).[4])

Der Spediteur unterscheidet sich einerseits vom Frachtführer (Art. 390 H.G.B.) dadurch, dass der Letztere den Transport selbst ausführt, also hauptsächlich faktische Arbeit leistet, während die Hauptthätigkeit des Spediteurs in der juristischen Arbeit (Abschluss von Frachtverträgen etc.) gelegen ist, andererseits vom Güterbestätter,[5]) Frachtmakler, Schiffsprokureur dadurch, dass die letzteren die Frachtverträge nicht in eigenem Namen abschliessen, sondern nur das Zustandekommen derselben zwischen den Versendern und den Frachtführern vermitteln (Art. 389 H.G.B.). Als gewerbemässige Vermittler von Handelsgeschäften können sie aber Kaufleute (Art. 272 Z. 4 H.G.B.), daher auch, wie jeder Kaufmann, unter Umständen (Art. 388) den Bestimmungen über das Speditionsgeschäft unterworfen sein.

Das Speditionsgeschäft ist eine Spezies der Art Kommissionsgeschäft.[6])

---

[1]) Grünhut l. c. S. 524—576; Literatur eod. S. 32 ff.

[2]) Vgl. bes. Gareis, Das juristische Wesen des Speditionsgeschäftes im Centr.Org. f. d. d. H. u. W.R. N. F. VII. Bd. S. 257—287.

[3]) Ebenso § 384 ungar. H.G.B. Der Spediteur ist Kaufmann; denn seine Geschäfte sind relative Handelsgeschäfte (Art. 272 Z. 3 H.G.B.).

[4]) Ebenso § 259 Abs. 2, § 392 ungar. H.G.B.

[5]) Wagenbestätter, Litzenbrüder; an manchen Orten sind sie, gleich den Maklern, amtlich bestellte Personen.

[6]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 73 S. 264, XVI Nr. 94 S. 375; Endemann, H.R. § 172, § 166 III, Dernburg l. c. § 188, v. Hahn zu Art. 379 § 1. Behrend, Lehrb. S. 122 Not. 14.

Das H.G.B. zieht wenigstens die Konsequenzen dieser Anschauung, steht aber in der Begriffsbestimmung des Speditionsgeschäftes auf einem anderen Standpunkte. Nach dem H.G.B. braucht nämlich der Speditionsauftrag nicht nothwendig auf die Ausführung eines Geschäftes gerichtet zu sein, welches sich vom Standpunkte des Kommittenten aus als Handelsgeschäft darstellt; denn der Abschluss des aufgetragenen Geschäftes, des Frachtvertrags u. s. w., wäre für den Kommittenten nur dann Handelsgeschäft, wenn dieser ein Kaufmann wäre; Spediteur im Sinne des H.G.B. ist aber auch derjenige, welcher gewerbemässig lediglich von Nichtkaufleuten Aufträge zur Besorgung von Güterversendungen übernimmt. Wäre daher jeder Spediteur als eine Spezies der Art Kommissionär anzusehen, so geriethe das H.G.B. mit seiner Begriffsbestimmung des Kommissionärs in Widerspruch. Es gäbe dann Spezies von Kommissionären, welche gewerbemässig Aufträge zu Geschäftsabschlüssen übernehmen würden, die für die Auftraggeber an und für sich keine Handelsgeschäfte wären. Die Art kann aber keine anderen Merkmale haben, als die den verglichenen Objekten, den Spezies, gemeinsamen, so dass der Begriff der Art in dem Begriffe einer jeden Spezies enthalten ist. Nach dem H.G.B. kann daher prinzipiell der Spediteur nicht als eine Spezies der Art Kommissionär angesehen werden; er bildet vielmehr eine der Art Kommissionär koordinirte, unter dem höheren Begriffe Mandatar verbundene, selbständige Art. Allein in den praktischen Resultaten macht dies keinen Unterschied; denn das H.G.B. bestimmt dessenungeachtet, dass die Rechtsgrundsätze über das Kommissionsgeschäft auch für das Speditionsgeschäft suppletorisch gelten sollen, insoweit nicht für das Letztere besondere Bestimmungen getroffen sind (Art. 387 des H.G.B.).[7])

Für den Spediteur gilt, was oben (§ 314) über die Abschliessung des Kommissionsvertrages bemerkt wurde. Der Spediteur muss daher unter Umständen sofort den Speditionsauftrag ablehnen oder gilt als annehmend.

Bei Abschluss des Speditionsvertrages handelt der Versender entweder für seine eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten, insbesondere des Destinatars und zwar im letzteren Falle entweder im eigenen Namen oder im Namen des Destinatars. Versender und Destinatar können aber auch eine und dieselbe Person sein, so dass der Destinatar selbst als Versender (Kommittent) den Speditionsvertrag abschliesst. In diesem Falle und ebenso, wenn der Versender als Stellvertreter des Destinatars handelt, fungirt der Spediteur lediglich als Mandatar des Destinatars.

b. Wirkungen des Speditionsvertrages.

§ 332.

aa. Pflichten des Spediteurs. Verjährung.

Die Speditionskommission ist, wie jede Kommission, nach der Absicht des Kommittenten auszuführen; für die Ermittelung dieser Absicht sind in erster Linie die ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Instruktionen maassgebend;

[7]) Ebenso § 391 ungar. H.G.B.

der Kommittent kann insbesondere die Art der Versendung, z. B. mittelst Eilfracht oder Dampfboot, den Frachtführer oder Zwischenspediteur, die Zeit der Versendung, insbesondere direkte Adressirung des Gutes an den Destinatar, also mit Ausschluss eines Zwischenspediteurs [1]) u. s. w. imperativ oder demonstrativ vorgeschrieben haben. Im Falle einer Abweichung des Spediteurs von den ihm vom Kommittenten ertheilten Vorschriften treten die oben (§ 315) auseinandergesetzten Rechtsfolgen ein. [2]) Ist von dem Kommittenten nichts vorgeschrieben, so hat der Spediteur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Kommittenten gemäss dem Auftrage zu verfahren; er macht sich verantwortlich, wenn er bei der Ausführung der übernommenen Versendung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verletzt hat (Art. 380 des H.G.B.). [3])

Dem Spediteur liegt die Empfangnahme, Aufbewahrung und Versendung des Speditionsgutes ob. Rücksichtlich der vom Frachtführer oder Schiffer zu empfangenden Waaren kommt Art. 366 (Art. 387) [4]) auch für den Spediteur in Betracht. Bestellt, um für den Transport Sorge zu tragen, also alles zu thun, was zur sicheren Ausführung desselben erforderlich ist, muss der Spediteur bei der Ablieferung der Waaren von Seite des Frachtführers oder Schiffers sorgfältig darauf achten, dass ihm keine anderen als die im Frachtbriefe (nach Stückzahl, Beschaffenheit, Zeichen und Nummern der Kolli) angegebenen und dass diese in einem äusserlich unbeschädigten und unverdorbenen Zustande und innerhalb der vereinbarten Transportfrist abgeliefert werden. Ist die äussere Beschaffenheit eine derartige, dass der Verdacht innerer Beschädigung oder Mangelhaftigkeit für einen sorgfältigen Kaufmann entstehen muss, so hat der Spediteur gemäss Art. 365 zu verfahren. [5]) Der Spediteur hat ferner die Pflicht zur Aufbewahrung des Speditionsgutes (Art. 366, 367, 387 des H.G.B.); er hat auch als sorgfältiger Kaufmann alles vorzukehren, was zur Erhaltung des Gutes geboten erscheint. Der Spediteur hat endlich die Versendung der Waaren der Absicht des Kommittenten gemäss zu bewirken; er hat zu diesem Zwecke, wenn der Kommittent in dieser Beziehung nichts vorgeschrieben hat, einen sachkundigen und zuverlässigen Frachtführer oder Schiffer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auszuwählen; er muss der Natur der Sache nach als berechtigt gelten, jene Personen zu verwenden, ohne deren Mitwirkung er den Auftrag nicht ausführen kann; ohne Frachtführer, bei grösserer Entfernung ohne Zwischenspediteure, kann aber der Transport in der Regel nicht erfolgen. Er kann mit

---

[1]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 111 S. 379.

[2]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 32 S. 88.

[3]) Ebenso ungar. H.G.B. § 385; R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 87 S. 349, Bd. XI Nr. 32 S. 88, Bd. XII Nr. 69 S. 213. Vgl. Entsch. anderer Gerichte in Goldschmidts Zeitschr. Bd. X S. 142, 148, Buschs Arch. Bd. X S. 378, Centr.Org. N. F. III S. 107, Entsch. d. H.App.G. Nürnberg in Samml. III Bd. S. 435 ff.

[4]) Ebenso § 371, § 391 ungar. H.G.B.

[5]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 105 S. 377, Bd. XX Nr. 63 S. 231, vgl. Bd. VIII Nr. 49 S. 192.

dem Frachtführer, wenn ein Limito nicht gesetzt ist,[6]) zu jenem Frachtlohne kontrahiren, welcher zu dieser Zeit, für diese Gattung Waaren, für dieses Gewicht und diese Entfernung gewöhnlich gezahlt zu werden pflegt; er hat als sorgfältiger Kaufmann jedenfalls seinen nächsten [7]) Adressaten davon zu verständigen, dass die Waaren abgesendet worden seien, durch welchen Frachtführer und unter welchen Bedingungen der Transport ausgeführt werde und wenn der Adressat ein Zwischenspediteur, also nicht selbst der eigentliche Destinatar ist, was dieser mit den Waaren weiter zu verfügen habe.

Der Spediteur haftet nur für ein Verschulden bei der **Auswahl** des Frachtführers oder Zwischenspediteurs, wenn er also mit Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einen für den betreffenden Fall passenden, vertrauenswürdigen oder sachkundigen Frachtführer oder Zwischenspediteur nicht gewählt hat; hat er bei der Auswahl der genannten Hülfspersonen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet, so hat er für ein diesen zur Last fallendes Verschulden (culpa aliena) nicht einzustehen,[8]) er kann nur actione mandati verpflichtet werden, seine Klagen gegen jene dem Versender abzutreten; im Verhältniss zwischen dem Spediteur und Versender gelten ja diese in Ausführung des Auftrags erworbenen Forderungen als Forderungen des Versenders (Art. 368, 387).[9]) Das H.G.B. hat, um Zweifeln vorzubeugen, in Art. 380 in besonderer Richtung auf den Speditionsvertrag ausdrücklich auszusprechen für erforderlich erachtet, was sich als Konsequenz aus Art. 361, 367 Abs. 1, 387 von selbst ergibt.

Der Spediteur ist als ordentlicher Kaufmann dafür zu sorgen verpflichtet, dass das Gut dem Frachtführer mit den erforderlichen Legitimationspapieren (Art. 393 des H.G.B.) übergeben und das durch Zoll-Sanitäts- und sonstige Polizeivorschriften gebotene Verfahren mit dem Gute vorgenommen werde; er haftet für den durch sein Verschulden in Folge unrichtiger Angaben entstandenen Schaden (Konfiskation von Waffen und Munitionssendungen, Zollstrafen u. s. w.), ausgenommen, wenn den Kommittenten selbst in dieser Beziehung ein Verschulden trifft.

Aus dem Vertrage zwischen dem Kommittenten (Versender) und dem Spediteur wird nur der erstere berechtigt und verpflichtet. Der Spediteur handelt daher auftragswidrig, wenn er einer, mit dem Auftrage seines Kommittenten **in Widerspruch stehenden Anweisung des Destinatars** z. B. einem Widerrufe oder einer Modifikation des Auftrags ohne Einwilligung des Kommittenten Folge leistet; anders wenn der letztere dem Destinatar eine Dispositionsbefugniss über das Speditionsgut eingeräumt und dieser dem Spediteur **innerhalb der Grenzen dieser Befugniss** eine Modifikation der demontrativ vorgeschriebenen Ausführung

---

[6]) Ist ein Limito gesetzt, so handelt der Kommissionär im Falle der Ueberschreitung des Limito zum Nachtheile des Kommittenten in der Regel als negotiorum gestor; Art. 364 H.G.B. findet aber keine Anwendung.

[7]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 111.

[8]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 79 S. 305, Bd. XII Nr. 111 S. 379, Bd. XVI Nr. 87 S. 349.

[9]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 73 S. 264.

z. B. eine andere als die vom Versender bezeichnete Beförderung aufgetragen hat. Wenn der Spediteur, da ihm eine entgegengesetzte Weisung von Seite des Absenders in der Zwischenzeit nicht zugekommen war, diese Modifikation beachtet, so handelt er nicht auftragswidrig, sondern thut, was gemäss der von dem Kommittenten selbst als berechtigt anerkannten Anordnung des Destinatars anstatt des vom Kommittenten demonstrativ Vorgeschriebenen geschehen soll. Im Geschäftsverkehr wird es nicht beanstandet und kommt es häufig vor, dass der Verkaufskommissionär, wenn er die Waare schon vor Ankunft derselben verkauft hat, dem Spediteur den Auftrag ertheilt, dieselbe nicht nach dem vom Absender bezeichneten Bestimmungsort, sondern nach der von ihm bezeichneten Verkaufsstelle zu befördern.[10]) Der Spediteur hat re integra, so lange die vom Destinatar gemäss dem Willen des Kommittenten getroffenen Dispositionen nicht **ausgeführt** sind, so lange der Destinatar ein selbständiges Recht (Art. 405 des H.G.B.) nicht erworben hat, den Dispositionen des Versenders, seines Kommittenten, Folge zu leisten. Anders wenn der Spediteur der Mandatar des Destinatars ist, was nicht schon dann der Fall ist, wenn ihm der Versender aufgetragen, die Waare **zur Verfügung des Destinatars** zu halten.[11]) Hat der Spediteur rücksichtlich desselben Gutes von beiden Theilen den Speditionsauftrag übernommen, so entscheidet im Falle der Kollision in der Regel der Wille des Versenders; es handelt sich um zwei nach einander in Wirksamkeit tretende Aufträge, von denen der vom Destinatar ertheilte erst dann ausgeführt werden kann, wenn der vom Versender gegebene beendigt ist; es verhält sich gerade so, wie wenn zwei verschiedene Spediteure vom Versender und Destinatar bestellt worden wären; wie in diesem Falle der Spediteur des Letzteren die Waare erst empfängt, wenn der Spediteur des Versenders sie gemäss dem Auftrage abgeliefert hat, so auch hier; die Uebernahme der Kommission von Seite des Destinatars durfte überhaupt nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass sie dem Interesse und Willen des Versenders nicht widersprach. Der Destinatar als solcher hat aber aus dem vom Absender im eigenen Namen abgeschlossenen Speditionsvertrage kein direktes Klagerecht gegen den Spediteur, mögen auch die übersendeten Waaren, welche durch Verschulden des Spediteurs Schaden erlitten, in seinem Eigenthum stehen; er kann nur den Versender gemäss dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse auf Cession der jenem gegen seinen Mitkontrahenten, den ersten Spediteur, zustehenden Klage, belangen; mit dieser Klage kann er von dem ersten Spediteur die Abtretung seiner Rechte gegen den Zwischenspediteur, resp. den Frachtführer erlangen und so gegen die

[10]) R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 6 S. 26, Bd. X Nr. 67 S. 301. Ueber die bestrittene Frage, ob der Spediteur im Falle einer Kollision den Weisungen des Absenders oder Destinatars Folge zu leisten habe, vgl. Goldschmidt in s. Zeitschr. IV. Bd. S. 483, R.O.H.G. Bd. XX Nr. 57 S. 194.

[11]) Bei Entgegennahme der Dispositionen des Destinatars, welche der Spediteur ausführen zu wollen erklärt, versteht sich der Vorbehalt, dass nicht vor Ausführung der Dispositionen der Versender den Auftrag zurückziehe. Goldschmidt, H.B. § 66 S. 626, 628.

einzelnen Spediteure, resp. Frachtführer der Reihenfolge nach vorgehen, bis zuletzt derjenige belangt wird, welcher den Schaden zugefügt hat.[12])

Für die Klagen und Einreden gegen den Spediteur aus dem Speditionsvertrage[13]) wegen gänzlichen Verlustes oder wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung ist im Interesse des Speditionsverkehrs die kurze Verjährungsfrist eines Jahres festgesetzt (Art. 386); sie beginnt — actio nata — bei gänzlichem Verlust mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung nach Vereinbarung oder Handelssitte (Art. 279) mit Rücksicht auf die regelmässige Dauer des Transportes von dem Abgangsort an den Bestimmungsort ordnungsmässig hätte bewirkt sein müssen, in den übrigen Fällen mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung geschehen ist.[14]) Der Destinatar darf demnach nicht in Unthätigkeit verharren, wenn die ihm avisirte Gütersendung innerhalb einer entsprechenden Frist nicht angekommen ist. Rücksichtlich der aus gleichem Fundament entspringenden Einreden genügt es zur Unterbrechung der Verjährung, wenn die Anzeige der betreffenden Thatsachen an den Spediteur binnen der einjährigen Frist abgesendet worden ist; sie sind also nur dann erloschen, wenn die Anzeige nicht innerhalb Jahresfrist abgesendet, nicht aber schon dann, wenn sie nicht sofort nach der Entdeckung (so Art. 349) gemacht wurde. Der Spediteur kann sich auf die Verjährung berufen, sobald er beweist, dass von der Empfangnahme des reklamirten Speditionsgutes durch ihn bis zum Tage der Reklamation von Seite des Kommittenten ein längerer Zeitraum verflossen ist, als zur auftragsgemässen Ausführung der übernommenen Versendung und zur einjährigen Verjährung erforderlich ist; gleichgiltig ist es, ob das Gut bei dem Spediteur selbst in dem Magazine desselben oder im Laufe des Transportes in Verlust gerathen (etwa in Folge falscher Dirigirung verschickt, mit einem anderen Gute vertauscht) oder beschädigt oder vermindert worden ist.[15]) Bei Betrug[16]) oder Veruntreuung des Spediteurs kann die Rechtswohlthat der kürzeren Verjährungsfrist zu dessen Entlastung nicht zur Anwendung kommen; anders wenn nicht der Spediteur persönlich, sondern eine der Zwischenpersonen, der Frachtführer oder Zwischenspediteur, sich eines Betruges oder einer Veruntreuung schuldig gemacht hat.

---

[12]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 111 S. 379, Bd. XIII Nr. 108 S. 322. Entsch. des österr. obersten Gerichtshofs v. 11. Mai 1881 in Wiener juristischen Blättern X. Jahrg. Nr. 28.

[13]) Nicht aus anderen Rechtsgründen; vgl. R.O.H.G. Bd. X Nr. 67 S. 301, Bd. XXIV S. 365. Dem Kommittenten steht ja ausser der a⁰. mandati gegen den Spediteur unzweifelhaft unter Umständen auch die rei vindicatio, resp. publiciana auf Herausgabe, eventuell auf Schadenersatz zu.

[14]) R.O.H.G. Bd. XVII Nr. 21 S. 80.

[15]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 3 S. 13.

[16]) Es handelt sich nicht um Betrug und Veruntreuung im strafrechtlichen Sinne, doch ist stets erfordert, „ein auf Täuschung berechnetes Gebahren des Spediteurs, nämlich dass er unwahre Thatsachen behaupte oder wahre unterdrücke, um den Mitkontrahenten in Irrthum zu versetzen und zu schädigen.“ R.O.H.G. v. 22. April 1873 bei Puchelt, Komm. (2. Aufl.) II 342, ferner R.O.H.G. Bd. II Nr. 75 S. 313.

§ 333.

bb. Rechte des Spediteurs; Recht auf die Erstattung des gemachten Aufwandes und des erlittenen Schadens; Recht auf die Provision; Pfand- und Retentionsrecht des Spediteurs.

Was das Recht des Spediteurs auf den Ersatz seiner Kosten und Auslagen, — so der Fracht, der Zölle, des Krahn- und Werftgeldes, der Wagegebühr, der Kosten für Verpackung, Transport in sein Magazin und aus demselben, für Ab- und Aufladelohn, Lagermiethe, Maklerlohn, Briefporto etc. —, sowie das Recht auf die Provision betrifft, so wiederholt Art. 381 Abs. 1 [1]) ausdrücklich für den Spediteur, was in Art. 371 für den Kommissionär festgesetzt ist. Wie dieser, so hat auch der Spediteur Anspruch auf Ersatz des von ihm durch die Ausführung des Auftrags erlittenen Schadens, z. B. Zollkontraventionsstrafen in Folge unrichtiger Deklaration des Kommittenten. Zu den zum Zwecke der Versendung im Sinne des Art. 381 nothwendig oder nützlich aufgewendeten Auslagen und Kosten gehören nur jene, welche durch die übliche Art der Versendung und das übliche Maass der hiefür erforderlichen Aufwendungen ihre Rechtfertigung finden. Die Kosten und Auslagen müssen objektiv aus den Versendungshandlungen hervorgehen, resp. in denselben ihren rechtmässigen Grund haben. Das blos **faktische** Hervortreten von das Gut wirksam bestrickenden Ansprüchen, welche sich der Ausführung oder Fortsetzung des Transportes hindernd entgegenstellen, genügt nicht, um die Erfüllung derselben durch den Spediteur behufs Ermöglichung der Versendung als nothwendige oder nützliche Aufwendung zu karakterisiren. Es kommt darauf an, ob der Kommittent zur Erfüllung dieser Ansprüche rechtlich verpflichtet war oder nicht. Hatte der Kommittent ein Recht darauf, in den Besitz des Gutes ohne Befriedigung jener Ansprüche zu gelangen, so kann durch diese Befriedigung eine nützliche Verwendung nicht bewirkt sein; denn im Wesen des Speditionsauftrags liegt es an und für sich nicht, dass die Güterversendung unter allen Umständen und mittelst jedes Opfers erfolge, sondern nur, dass sie erfolge, soferne ihre Ausführung ohne andere Aufwendungen als die üblichen, durch Maass und Werth der Transporthandlungen bedingten möglich ist.[2])

---

[1]) Ebenso § 387 ungar. H.G.B. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 67 S. 211: Der Spediteur kann seine Auslagen von seinem Auftraggeber mit der a°. mandati contr. ersetzt verlangen. Uebernimmt er auch observanzmässig einen Auftrag, dieselben vom Empfänger zu erheben, so wird dadurch sein Recht gegen den Auftraggeber kein blos subsidiäres Rückgriffsrecht, vermöge dessen er sich diesem gegenüber nur in Betreff desjenigen erholen könnte, was er vom Empfänger, resp. aus dem haftenden Gute nicht eintreiben kann. Es liegt nur ein Erhebungsauftrag vor, der erledigt ist, wenn der Empfänger nicht zahlt, ohne dass der Spediteur noch zur Klage gegen den Empfänger verpflichtet wäre. Was das Recht auf die Provision betrifft, so vgl. R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 375.

[2]) So R.O.H.G. Bd. XX Nr. 56 S. 187. Der blosse Umstand, dass der Kommittent die von solchen Ansprüchen befreite Waare empfangen hat, genügt zur Annahme der nützlichen Verwendung nicht, da nicht abzusehen ist, ob er bei Kenntniss einer hieraus erwachsenden Verbindlichkeit es nicht in seinem Interesse erachtet hätte, den Empfang der Waaren abzulehnen.

Der Spediteur kann, abgesehen von den Fällen der Art. 383, 384, keine höhere als die mit dem Frachtführer oder Schiffer bedungene Fracht berechnen (Art. 381 Abs. 2, cf. Art. 372), mag diese auch geringer sein als das vom Kommittenten gesetzte Limito. Hat sich der Spediteur mit dem Kommittenten über bestimmte Sätze der Transportkosten — es sei durch Feststellung eines **Pauschalbetrages** für den zur Besorgung übernommenen Transport oder eines Kostenbetrages für Gewichts-, Raum- oder **Maasseinheiten** — geeinigt, so ist anzunehmen, dass in den bewilligten Transportkostensätzen schon die Provision enthalten sei, daher daneben ein Recht auf Provision nur dann begründet erscheint, wenn es ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist (Art. 384 des H.G.B.).[3]) Es findet also die Regel des Art. 381, dass der Spediteur auch ohne vorhergegangene Vereinbarung Provision verlangen kann, keine Anwendung; die zu Gunsten des Spediteurs verbleibende Differenz zwischen dem Betrage der Transportkostensätze, dem Aversional-Uebernahmspreise und dem Betrage der wirklich aufgewendeten Kosten und Auslagen stellt vielmehr in diesem Falle die Provision des Spediteurs dar,[4]) unterliegt daher rücksichtlich des Zeitpunktes des Erwerbes den Grundsätzen des Art. 371.

Was das gesetzliche **Pfandrecht** des Spediteurs betrifft, so kommen hier die oben (§ 319) auseinandergesetzten Rechtssätze zur Anwendung, sowohl was das Objekt des Pfandrechtes, die Detention des Pfandobjektes, als auch, was die Geltendmachung des Pfandrechtes betrifft; es besteht für die Forderungen des Spediteurs „wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen, Kosten und Verwendungen und wegen der **dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse**“ (Art. 382), soweit er dabei als sorgfältiger Kaufmann vorgegangen ist.

Bei Entscheidung der Frage, ob der Spediteur das Gut mit Vorschüssen, welche er dem Versender leistet, ob ferner der in eine Transportausführung als Nachmann eintretende Zwischenspediteur oder Frachtführer das Gut wirksam mit einer Nachnahme, wegen deren er den Vormann befriedigt hat, belasten kann, ist das H.G.B. von den Gesichtspunkten ausgegangen, dass diese Personen sich über die Rechtmässigkeit der der Vorschussforderung, resp. der Nachnahme zu Grunde liegenden Ansprüche nicht immer ausreichend informiren können; soll nun diesen Personen durch das Gesetz ein wirksames Pfandrecht am Gute eingeräumt worden sein, so muss anerkannt werden, dass z. B. der Nachmann, der eine Nachnahme bezahlt hat, ohne die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, resp. Frachtführers zu verletzen, wegen dieser Nachnahme ein wirksames Pfandrecht hat, mochte es auch der Vormann, weil die Nachnahme unbegründet, resp. zu hoch gewesen, nicht gehabt haben.[5])

Das Pfandrecht besteht aber nicht für Forderungen aus laufender Rechnung in Speditionsgeschäften.

[3]) Ebenso § 387 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[4]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 377.

[5]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 56 S. 190, Laband, Zeitschr. f. H.R. Bd. IX S. 462—464, 467.

Was die vom Spediteur dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse betrifft, so kommen diese im Handelsverkehre in der Regel dann vor, wenn der letzte Destinatar der Käufer der zur Versendung übergebenen Waaren, und der Kommittent des Spediteurs deren Verkäufer ist, welcher im Auftrage des Käufers oder nach dem Gesetze (Art. 344 des H.G.B.) die Versendung besorgt. Der Kommittent lässt sich von dem Spediteur den Kaufpreis als Vorschuss geben und weist diesen nach allgemeiner Observanz wegen des Ersatzes des Vorschusses, sowie auch wegen der sonstigen Auslagen. Kosten, Provision u. s. w. an den Destinatar, den Käufer; denn alles, was der Spediteur auf Grund des Speditionsvertrages von dem Kommittenten zu fordern hat, schuldet dieser in der Regel im Auftrage oder doch für Rechnung des Destinatars, ist diesem also der Destinatar zu ersetzen verpflichtet. Der Spediteur gilt als solcher durch den Speditionsvertrag ipso jure für verpflichtet, für die Erfüllung der Forderungen des Kommittenten gegen den Destinatar, bevor er das Gut abliefert, Sorge zu tragen, und wenn der Destinatar die Erfüllung verweigert, das Speditionsgut zurückzubehalten; er macht sich seinem Kommittenten gegenüber verantwortlich und ist wegen der vertragswidrigen Ausführung nicht in der Lage, die a^0. mandati contr. gegen den Kommittenten gehörig zu begründen, wenn er bei der Ablieferung nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen, insbesondere durch Auslieferung des Gutes das ihm daran zustehende gesetzliche Pfandrecht nicht gewahrt hat; er verliert den Regress und kann auch entschädigungspflichtig werden; [6]) es ist anzunehmen, dass er an Stelle des Kommittenten den Adressaten sich zum Schuldner machen wollte, welcher letztere durch die Annahme der Waare sich bereit erklärte, die Forderung des Spediteurs zu erfüllen, so dass er zum neuen Schuldner mit Entlassung des früheren Schuldners geworden ist. Der Spediteur kann aber, wenn er nicht durch eigenes Verschulden seinen Regress verloren hat, sofort gegen seinen Kommittenten mit der a^0. mandati contr. den Rückgriff nehmen.

Der Spediteur übergibt das Speditionsgut in der Regel einem Frachtführer, lässt sich von diesem wegen seiner Gesammtforderung an den Destinatar entweder durch Nahnahme befriedigen oder nicht, weist aber, wenn er nicht ausnahmsweise den Frachtlohn sofort bezahlt (Frankosendung), in beiden Fällen den Frachtführer wegen Erfüllung seiner Gesammtforderung aus dem Frachtvertrage an den Adressaten, resp. Zwischenspediteur, dem jener mit der Rechnung auf dem Frachtbriefe gegenübertritt. Rücksichtlich dieser Forderung liegt im Verhältnisse zwischen dem Spediteur, Frachtführer und Destinatar, resp. Zwischenspediteur eine Art Assignation vor; der Spediteur erscheint als Assignant, der Frachtführer, insofern er Gläubiger aus dem Frachtvertrage ist, als Assignatar, der Destinatar (Zwischenspediteur) als Assignat. Der Assignant erklärt durch die Uebergabe des Frachtbriefes an den Frachtführer und durch

[6]) Keyssner zu Art. 382 Nr. 10, Dernburg, Preuss. Priv.R. § 188. Entsch. d. obersten österr. Gerichtshofs v. 3. Mai 1864 in der österr. Gerichtsztg. Bd. XV Nr. 85, Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 147. Entsch. desselben Gerichtshofs v. 12. Novbr. 1879 in Wiener Juristischen Blättern Jahrg. 1880 Nr. 7.

die Einschreibung der Waaren für den Destinatar, der Assignatar durch die Ablieferung der Waare, der Assignat durch Annahme des Frachtbriefes und der Waare seine Einwilligung in die Assignation. Weigert sich der Destinatar, die Waare anzunehmen, so kann der Frachtführer die Erfüllung seiner Forderung vom Spediteur als dem Assignanten verlangen und der Spediteur kann seinerseits gegen seinen Kommittenten Regress nehmen. Gegenüber dem Spediteur oder Frachtführer als Assignatar fungirt möglicherweise ein Zwischenspediteur als Assignat; ebenso kann wieder dem Zwischenspediteur als Assignatar ein weiterer Destinatar (vielleicht wieder ein Zwischenspediteur) als Assignat angewiesen sein, von dem jener die Auslagen, Kosten, Vorschüsse, Provision u. s. w. ersetzt verlangen kann. Hat der erste Spediteur einen Zwischenspediteur als Adressaten im Frachtvertrage dem Frachtführer bezeichnet, so wird dieser in der Regel zur Besorgung des weiteren Transportes einen Frachtvertrag mit einem zweiten Frachtführer abschliessen, damit das Frachtgut einem zweiten Zwischenspediteur oder dem letzten eigentlichen Destinatar, vielleicht dem Käufer der Waare, überbracht werde. Jeder Vormann kann sich alles, was ihm mit Bezug auf die Spedition resp. den Transport des betreffenden Gutes geschuldet wird, von dem Nachmanne (dem Frachtführer oder Zwischenspediteur) als Nachnahme ersetzen lassen oder nicht.

Im ersten Falle geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormannes kraft Rechtsnothwendigkeit auf den Nachmann über (Art. 382 Abs. 4, Art. 410 Abs. 2, 3 des H.G.B.); [7]) es ist ein Rechtssatz, nicht der Wille des Vormannes, durch welchen diese Rechte übergehen; nicht auf Grund einer Cession, [8]) sondern ipso jure verliert sie der Vormann und erwirbt sie der Nachmann. Ist der Nachmann bei der Befriedigung des Vormanns mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes resp. Frachtführers vorgegangen, so hat er in Ansehung dieses Rechtserwerbes keine Einwendungen aus der Person des Vormannes zu besorgen. Der abliefernde Nachmann (Frachtführer oder Zwischenspediteur) wird die Waare nicht früher herausgeben, als bis ihm alles bezahlt ist; gibt er das Gut ohne Bezahlung dem Destinatar heraus und macht er, wenn er Frachtführer ist, das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend, so kreditirt er auf seine Gefahr und hat keinen Regress gegen seine Vormänner.

Im zweiten Falle hat der Nachmann die Rechte, insbesondere auch das Pfandrecht der Vormänner geltend zu machen (Art. 382 Abs. 3, Art. 410 Abs. 1, 4 des H.G.B.), [9]) er muss daher z. B. dafür sorgen, dass die Waare zunächst bei einer zuverlässigen Person niedergelegt werde, welche sie erst dann dem Destinatar herauszugeben hat, wenn dieser sämmtliche Forderungen der Vormänner erfüllt hat. Der Nachmann hat diese Verpflichtung gegenüber dem

[7]) Ebenso ungar. H.G.B. §§ 388, 412.

[8]) So Kräwel, Komm. S. 524, Koch in Buschs Arch. II S. 473, Kuhn eod. VI S. 502, dagegen Laband IX S. 467 ff., Gareis l. c. S. 272, v. Hahn (1. Aufl.) zu Art. 410 § 3.

[9]) Ebenso § 388 Abs. 2, § 412 Abs. 1, 3 ungar. H.G.B.

Vormanne ipso jure auf Grund eines diese Verpflichtung zu einem naturalen Bestandtheil des Speditions- resp. Frachtvertrages machenden Rechtssatzes.[10]) Die Forderungen der Vormänner bleiben rechtlich getrennt; es können Einreden aus den Personen der Vormänner geltend gemacht werden; die Geltendmachung der sämmtlichen Pfandrechte erfolgt in demselben Verfahren,[11]) also wenn der letzte Ablieferer Spediteur ist, nach Art. 310 des H.G.B., wenn er Frachtführer ist, nach Art. 407 des H.G.B.

Der letzte Destinatar (der Käufer) übernimmt entweder die Waare mit dem Frachtbrief oder verweigert die Annahme. Der abliefernde Nachmann, der ihm das Gut ohne vorhergegangene Befriedigung ausgefolgt hat, macht sich gegenüber den nicht befriedigten Vormännern wegen Verletzung der gesetzlichen Pflicht, deren Rechte geltend zu machen, verantwortlich. Lässt er sich von Seite des Empfängers Abzüge (in den Nachnahmen) gefallen, so thut er es auf eigene Gefahr, so dass er seinen Vormännern nur dann nicht verantwortlich ist, wenn die Abzüge gerechtfertigt sind,[12]) ihnen aber jedenfalls die Klagen gegen den Empfänger (Art. 406 des H.G.B.) abtreten muss. Bei Verweigerung der Abnahme kann der zur Ablieferung bereite Nachmann nach seiner Wahl entweder Befriedigung aus dem Pfandobjekte zu erlangen suchen — und zwar der Frachtführer gemäss Art. 407, 409 des H.G.B., der Spediteur gemäss Art. 375, 310 des H.G.B. [13]) — oder sofort gegen seinen Vormann Regress nehmen.

Kommt es zu einer Realisirung der an einem und demselben Kommissions- resp. Speditions- resp. Frachtgut bestehenden gesetzlichen Pfandrechte von Seite des letzten Ablieferers und reicht der Werth des Gutes zur Tilgung aller Forderungen nicht aus, so ist, wenn die Vormänner nicht befriedigt sind, das Rangverhältniss zwischen den konkurrirenden Pfandrechten nach Art. 411 des H.G.B. zu ordnen.[14]) Das Pfandrecht des Frachtführers und das des Spediteurs (letzteres, soweit es nicht blos für Vorschüsse besteht) gehen voraus dem Pfandrechte des Kommissionärs überhaupt und dem des Spediteurs für Vorschüsse; unter jenen bevorzugten Pfandrechten geht das jüngere Pfandrecht dem älteren vor; unter den letzteren geht das ältere dem jüngeren vor. Jeder Nachmann kann von seinem Vormann in derselben Ordnung, in welcher sie mit der Ver-

---

[10]) Gareis l. c. S. 274; anders Laband IX S. 470, der in dem Nachmanne einen Mandatar des Vormannes sieht; ebenso v. Hahn l. c. § 2; allein der Nachmann hat, wenn nichts Anderes vereinbart ist, insbesondere der Frachtbrief nicht das Gegentheil bestimmt, diese Verpflichtung auch dann, wenn es dem Vormanne an dem Willen sie aufzuerlegen, dem Nachmanne an dem Willen sie zu übernehmen fehlte.

[11]) Laband IX 470, Gareis l. c. S. 274.

[12]) Keyssner in Buschs Arch. III S. 246 ff.

[13]) Anders Ob.Trib. Berlin (1870) in Zeitschr. f. H.R. Bd. 19 S. 560: Der Nachmann soll bei Verweigerung der Abnahme des Gutes zuerst Befriedigung aus dem Erlös desselben suchen; ebenso Dernburg l. c. § 188 Not. 13; dagegen R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 67, Keyssner zu Art. 412 § 5.

[14]) Ebenso § 413 ungar. H.G.B., Laband IX S. 477—482; v. Hahn (1. Aufl.) zu Art. 411 § 2—3.

sendung und dem Transporte der Waaren zu thun hatten, Rückersatz dessen verlangen, was er ihm gezahlt hat, resp. Erfüllung dessen, was ihm aus dem Speditions- oder Frachtvertrage von jenem geschuldet wird; der letzte Nachmann also alles, was er vom Destinatar, wenn dieser die Waaren in Empfang genommen hätte, fordern könnte; sein Vormann kann den Ersatz, resp. Erfüllung von seinem Vormanne fordern bis zum ersten Spediteur hinauf, welcher seinen Kommittenten in Anspruch nehmen kann; dieser hat möglicher Weise im Auftrage des letzten Destinatars gehandelt, er kann daher zuletzt von diesem den Ersatz verlangen. Ein direktes Klagerecht (a°. utilis) des Spediteurs gegen den Destinatar als solchen besteht nicht, selbst dann nicht, wenn der Spediteur beweisen kann, dass der Destinatar die Zusendung der Waaren seinem Kommittenten aufgetragen, vorausgesetzt, dass der letztere in eigenem Namen gehandelt hat, denn in diesem Falle folgte der Spediteur nur der fides seines Kommittenten, des Mandatars, und nicht der des Mandanten desselben; der Spediteur kann nur mittelst cedirter Klage gegen den Destinatar vorgehen.

Wie dem Kommissionär, so steht auch dem Spediteur das allgemeine kaufmännische Retentionsrecht zu (Art. 313 — 315). Von jeher sehr bestritten war die — auch durch das H.G.B. nicht gelöste — Frage, ob der Spediteur wegen Forderungen gegen den **Destinatar** bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen das Speditionsgut auch dann retiniren kann, wenn der Kommittent (Versender) re integra den Speditionsauftrag widerruft und actione mandati Herausgabe des Gutes verlangt?[15]) Die Frage ist zu bejahen; das zu Gunsten gefährdeter Gläubiger durch das H.G.B. eingeführte Retentionsrecht kann von dem Spediteur mit Wirksamkeit eines **Pfandrechtes**[16]) dem mit der a°. mandati geltend gemachten schwächeren Kontraktsrecht des Versenders entgegengesetzt werden. Der Spediteur ist daher nicht verpflichtet, dem Kommittenten das Speditionsgut früher herauszugeben, als bis seine Forderungen gegen den Destinatar befriedigt sind, ohne dass es auf den Willen des letzteren in dieser Beziehung ankommt. Eine solche Verpflichtung des Spediteurs besteht umsoweniger dann, wenn der Spediteur selbst etwa in Folge eines mit dem Destinatar abgeschlossenen Kaufes das Eigenthum an dem Gute erworben hat[17]) oder wenn der Destinatar mit der Eigenthumsklage intervenirt oder wenn der Spediteur

---

[15]) Vgl. für die Verneinung Voigt im N. Arch. III S. 258 ff., IV S. 390; Koch in Buschs Arch. II S. 464 ff.; für die Bejahung Goldschmidt, Handb. § 98 S. 1056, Dernburg l. c. II § 188 Not. 19. Ueber die damit zusammenhängende Frage, ob das Retentionsrecht des Spediteurs wegen seiner Forderungen gegen den Destinatar dem partikularrechtlich anerkannten Verfolgungsrechte des unbezahlten Absenders entgegenstehe vgl. bes. Goldschmidt S. 1058, 1059, Voigt l. c., Dernburg l. c.; R.O.H.G. Bd. VI Nr. 69 S. 299, Bd. XII (sächs. R.) Nr. 112, 113, Bd. X (preuss., franz., russ. R.) N. 13 S. 70. Die R.Konk.O. § 36 entscheidet die Frage nicht; sie ist zu verneinen.

[16]) S. bes. Goldschmidt, Handb. S. 1031, v. Hahn (2. Aufl.) II S. 171, R.O.H.G. Bd. II Nr. 15 S. 78, Wolff in Buschs Arch. III S. 266, 267.

[17]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 67.

von dem Destinatar mit der Vertretung desselben bei dem Eigenthumserwerbe beauftragt worden ist.

§ 334.

c. Spielarten der Speditionskommission (Speditions- und Transportunternehmung).[1])

I. **Die Selbstkontrahirung des Spediteurs.** Jeder Speditionsauftrag gilt, wenn der Kommittent nichts Anderes bestimmt hat, als fakultativ rücksichtlich des Modus der Ausführung, so dass dem Spediteur ipso jure die dreifache Alternative eingeräumt erscheint, entweder

a. für Rechnung des Kommittenten einen Frachtvertrag mit einem Frachtführer oder Schiffer abzuschliessen, oder

b. wie der Kommissionär durch Lieferung der einzukaufenden Waare von seinem eigenen Lager, durch Uebertragung eines **für eigene Rechnung** mit einem Frachtführer oder Schiffer abgeschlossenen Frachtvertrages die Speditionskommission auszuführen (Art. 383),[2]) oder

c. **selbst als Frachtführer** einzutreten (Art. 385).[3])

Im zweiten und dritten Falle wird das Interesse des Kommittenten dadurch gewahrt, dass der Spediteur **nie mehr als die gewöhnliche Fracht** berechnen darf; im zweiten Falle ist er lediglich als Spediteur zu behandeln: im dritten Falle hat er sowohl die Rechte und Pflichten eines Spediteurs, als auch die eines Frachtführers.

Bei der Wahl zwischen den drei Arten der Ausführung ist der Spediteur nicht berechtigt, nach Willkür vorzugehen; er ist vielmehr verpflichtet, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes finden muss, dass bei der ersten Modalität das Interesse des Kommittenten besser gewahrt erscheine, diese zu wählen und sich des Selbsteintritts nach b. und c. zu enthalten.

Wählt der Spediteur als sorgfältiger Kaufmann die zweite Alternative, so gereicht der Unterschied zwischen der von ihm **wirklich** gezahlten und der zur Zeit und am Orte der Versendung **gewöhnlichen** Fracht entweder zum Vortheil oder Nachtheil des Spediteurs, je nachdem die letztere höher oder niedriger als die erstere ist.

---

[1]) Vgl. bes. v. Hahn zu Art. 383—385, Endemann, H.R. § 153 (II. Bd. 2), welcher letztere den Spediteur in den Fällen b) und c) Transportunternehmer nennt; für den Fall b) dürfte sich der Ausdruck Speditionsunternehmer mehr empfehlen, da der Spediteur in diesem Falle lediglich die rechtliche Stellung eines Spediteurs behält.

[2]) Gewöhnlich geschieht dies so, dass der Spediteur mit dem Transportunternehmer im Voraus generelle Transportverträge abgeschlossen, z. B. einen ganzen Eisenbahnwaggon u. s. w. gemiethet hat und dann die ihm übergebenen Speditionsgüter befördern lässt.

[3]) Mit Art. 385 H.G.B. stimmt § 389 ungar. H.G.B. überein; dagegen enthält das ungar. H.G.B. keinen dem Art. 383 entsprechenden Artikel.

Hat sich der Spediteur mit seinem Kommittenten über bestimmte Sätze der Transportkosten geeinigt, so ist er Selbstkontrahent wie ad b.; denn er schliesst dann die Frachtverträge nicht nur in eigenem Namen, sondern auch für eigene Rechnung ab; er ist Speditionsunternehmer und gewinnt oder verliert[4]) die Differenz zwischen dem Pauschquantum und dem, was er gemäss Art. 381 in Rechnung zu stellen berechtigt wäre (Art. 384).[5])

II. **Das Delcredere des Spediteurs.** Wie der Kommissionär, so kann auch der Spediteur die Gefahr der Erfüllung der für Rechnung des Kommittenten entstandenen Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten (des Frachtführers, Schiffers, Zwischenspediteurs u. s. w.) dem Kommittenten durch besondere Delcredere-Vereinbarung abnehmen. Diese Garantiepflicht des Spediteurs besteht in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung kraft Rechtsnothwendigkeit, einerseits wenn dies am Orte seiner Handelsniederlassung Handelsgebrauch ist (Art. 387, 370), andererseits dann, wenn der Spediteur als Speditionsunternehmer mit seinem Kommittenten (sei dies der Versender oder Empfänger) über bestimmte Sätze der Transportkosten sich geeinigt hat (Art. 384 Satz 1 des H.G.B.).[6]) Im letzteren Falle ist ein Recht auf die Delcredere-Provision nur dann begründet, wenn es vereinbart ist (Art. 384 Satz 2 des H.G.B.);[7]) in keinem Falle wird die rechtliche Stellung des Spediteurs gegenüber dem Kommittenten durch das Delcredere verändert; er ist insbesondere nicht als Frachtführer anzusehen;[8]) er bleibt lediglich Spediteur, haftet als solcher nach Art. 380, ist aber gleichzeitig kaufmännischer Bürge[9]) und haftet insoweit, als

---

[4]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 69 S. 213.

[5]) Vgl. R.O.H.G. Bd. I Nr. 62 S. 208, Bd. IV Nr. 26 S. 135, Bd. XII Nr. 69 S. 213; Vgl. auch diese Entscheidungen über das der Kommission und Spedition verwandte Geschäft des Inhabers eines Annoncenbureaus, des sog. Insertionsspediteurs.

[6]) Ebenso § 385 Abs. 2 ungar. H.G.B.

[7]) Ebenso § 387 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[8]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94; v. Hahn (1. Aufl.) zu Art. 384 § 7—11. Anders Gad § 138 S. 285.

[9]) v. Hahn l. c. § 9 ff.; Gareis l. c. S. 270, 269; R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 90 S. 277: Nach den Verhandlungen sei es zweifellos, dass man den Spediteur, welcher zu vereinbarten Transportsätzen die Kosten eines Transportes auf eigene Rechnung übernehme, für alle bei diesem Transporte mitwirkenden Zwischenspediteure und Frachtführer haftbar machen wollte, mögen diese mittelbar oder unmittelbar durch ihn bestellt sein. Ueberall, wo von dieser Haftung die Rede sei, werde nur allgemein von Zwischenspediteuren und Frachtführern gesprochen, und man hätte dabei hauptsächlich solche Fälle im Auge gehabt, wo die Waare auf verschiedenen Transportstrecken mit verschiedenen Frachtsätzen zu befördern sei. Man habe erwogen, dass in solchen Fällen der Spediteur ein lebhaftes Interesse habe, den Transport möglichst wohlfeil zu machen und die unzuverlässigsten Transportmittel zu wählen, dass aber der hieraus für den Absender, resp. Empfänger sich ergebenden Gefahr nur dadurch sicher begegnet werden könnte, dass man den Spediteur für die Agenten, durch welche er den Transport bewerkstelligen lasse, haftbar mache; diese Gründe träfen aber nicht blos bei den unmittelbar und persönlich vom Spediteur gewählten Zwischenspediteuren und Frachtführern, sondern auch bei den weiteren Zwischenspediteuren und Frachtführern zu, da es der Spediteur in der Gewalt

die von ihm direkt oder indirekt angenommenen Zwischenpersonen gesetzlich oder vertragsmässig [10]) haften.

---

habe, auf deren Wahl bestimmend einzuwirken und schon die allgemeine Weisung, welche er einem Zwischenspediteur gebe, den Transport möglichst wohlfeil ausführen zu lassen, Anlass sein könne, dass unzuverlässige Transportmittel gewählt werden; eben desshalb hafte er für alle diese Personen direkt. Ebenso R.O.H.G. Bd. II Nr. 58 S. 347.

[10]) Ist die Haftung dieser Zwischenpersonen mit Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vertragsmässig geregelt worden, so trägt der Spediteur selbstverständlich die Verantwortlichkeit.

Abschnitt 7.

Das Transportgeschäft.[1])

(Von Herrn Professor Dr. Schott zu Kiel.)

I. Einleitung. Das Transportgeschäft im Allgemeinen.

§ 335.

I. Die Produktivität des Handels besteht darin, dass er die vom Produzenten erzeugten Güter dahin verbringt, wo sie am besten gewerthet werden, dass er sie also für die Zeit des stärksten Bedürfnisses aufbewahrt und an den Ort des stärksten Bedürfnisses schafft. Die Erreichung des letzteren Zwecks setzt nothwendig eine Verbringung der Güter von Ort zu Ort, den Güterverkehr voraus. An den Güterverkehr schliesst sich aber gleichzeitig der erforderliche Personen- und Nachrichtenverkehr an. Und so sind die Geschäfte, welche die Güterbewegung, die Personenbeförderung und die Nachrichtenübermittelung zum Inhalt haben, ebenso nothwendige als wichtige Hilfsgeschäfte des Handels. Man nennt diese Hilfsgeschäfte **Transportgeschäfte**. Dieselben haben sich allmälig zu einer Selbständigkeit herausgebildet, bei welcher sie dem Handel zwar noch vorzugsweise, aber nicht mehr ausschliesslich dienen.

Die Transportgeschäfte sind demnach diejenigen Geschäfte, welche die Beförderung von Personen, Gütern oder Nachrichten [2]) zum Gegenstand haben. Dieselben bezwecken entweder die **Ausführung** des Transports oder aber die **Vermittelung** dieser Ausführung. Von den vermittelnden Transportgeschäften sind zur selbständigen Ausbildung die Spedition und die Frachtmäkelei gediehen. In diesem Abschnitt werden jedoch nur diejenigen Transportgeschäfte behandelt,

---

[1]) Literatur: Sax, Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirthschaft 2 B. Wien 1878, 1879. — Goldschmidt § 54 III (I. S. 613—627).

[2]) Nachricht ist die Mittheilung laufender Vorkommnisse an räumlich entfernte Personen. Vgl. Knies, Der Telegraph als Verkehrsmittel. Tübingen 1857 S. 44 ff.

welche die **Ausführung** des Transports bezwecken, **die Transportgeschäfte im engern und eigentlichen Sinne.**

II. Der Transport wird seinem Gegenstande nach eingetheilt:

1. in **Personentransport**,
2. in **Gütertransport** und
3. in **Nachrichtentransport**.

Der **Nachrichtentransport** [3]) ist ein wirklicher Transport nur dann, wenn die Nachricht auf einem Substrat verkörpert ist und in dieser Form dem Adressaten mitgetheilt wird, wie dies seitens der Briefpost geschieht. Dagegen ist die Telegraphirung kein Transport, sondern eine eigenthümlich komplizirte Thätigkeit, wodurch die Gedankenmittheilung einer Person an eine andere räumlich entfernte vermittelt wird. Desshalb spricht man besser von Nachrichten**verkehr** oder Nachrichten**beförderung**, als von Nachrichten**transport**. [4]) Zwischen See- und Binnenverkehr wird bei der Nachrichtenbeförderung nicht unterschieden. Der wirkliche Nachrichten**transport** ist Frachtgeschäft und als solches subjektives Grundhandelsgeschäft. [5]) Dagegen ist die telegraphische Depeschenbeförderung kein Grundhandelsgeschäft, sondern höchstens ein Nebenhandelsgeschäft nach Art. 273 Abs. 1. Allein nichtsdestoweniger gehört die Darstellung des Telegraphenrechts ins Handelsrecht sowohl wegen seiner internationalen Bedeutung als auch wegen seines Zusammenhanges mit dem Handel.

Der **Personen-** und **Gütertransport** ist entweder **Seetransport**, wenn er zur See stattfindet, oder aber **Binnentransport**, wenn er zu Land oder auf Binnengewässern ausgeführt wird. Der Seetransport ist stets objektives Grundhandelsgeschäft nach Art. 271 Z. 4, mag er im Grossen oder im Kleinen betrieben werden, und unterliegt den seerechtlichen Normen des 5. und 6. Tit. des V. Buchs des H.G.B.; er wird desshalb im Seerecht dargestellt. Der Binnentransport zu Wasser ist im H.G.B. nicht besonders normirt. Als Frachtgeschäft steht er dem Landtransport vollständig gleich; in seinen anderweitigen Erscheinungsformen kommen die allgemeinen Grundsätze des H.G.B. bezw. das Civilrecht zur Anwendung und nicht etwa per analogiam die Seerechtsbestimmungen. [6]) Im Uebrigen ist beim Binnentransport zu unterscheiden:

---

[3]) Vom Nachrichtentransport zu unterscheiden ist die Nachrichten verbreitung für einen unbestimmten Personenkreis, für das Publikum, durch Ausruf öffentlichen Anschlag oder öffentliche Blätter. Goldschmidt I S. 617, Text zu Not. 29.

[4]) Desshalb unterscheiden die Franzosen zwischen „transport“, worunter sie den Personen- und Gütertransport verstehen, und „communication“, womit sie den Nachrichtenverkehr bezeichnen. Vgl. Glasson, Revue historique XI p. 306.

[5]) A. M. Goldschmidt I S. 617, Text zu Not. 27.

[6]) R.O.H.G. V 60 S. 273 ff., VI 88 S. 316, 397, IX 120 S. 438, 439. O.Trib. Berlin v. 3. März 1868 bei Striethorst 70 S. 131. — Puchelt Art. 271 Anm. 11 S. 13, Art. 390 Anm. 1 S. 345. Eger I S. 29. — In der ersten Lesung der Nürnberger Kommission war eine besondere handelsrechtliche Regelung der Binnenschifffahrt vorbehalten; nach Beendigung der zweiten Lesung des Seerechts wurde sie auf die dritte Lesung der 4 ersten Bücher des H.G.B. verschoben. Allein der von dem bayerischen Deputirten

1. Der **Personentransport** ist nur dann Handelsgeschäft und zwar subjektives Grundhandelsgeschäft, wenn er durch **Anstalten**, d. h. durch Unternehmungen, die auf dauernden mehr kaufmännisch gehandhabten Grossbetrieb eingerichtet sind, betrieben wird. Es gehören hierher insbesondere Eisenbahnen, Dampfschiffe, Pferdebahnen, Dampffähren, grössere Omnibus- und Droschkenunternehmungen. [7]) Doch kann er auch nach Art. 273 Abs. 1 als Hilfsgeschäft Handelsgeschäft sein, wie z. B. der Personentransport des Hoteliers. Das H.G.B. hat den Personentransport, soweit er nicht Seetransport ist, nicht normirt, doch unterliegt er als Handelsgeschäft den allgemeinen Bestimmungen des 1. Tit. des IV. Buches. Im Falle des Kleinbetriebs ist er eine gewöhnliche civilrechtliche locatio conductio operis, falls er nicht etwa als kaufmännisches Hilfsgeschäft in Betracht kommt.

2. Der **Gütertransport** ist entweder einfacher Gütertransport oder er ist Frachtgeschäft.

a. Der **einfache** Gütertransport ist Verbringung von Sachen von Ort zu Ort, ohne dass dieselben dem Transportanten anvertraut, ihm in Verwahrung gegeben werden. Derselbe ist locatio conductio operis. Er ist Handelsgeschäft nur dann, wenn er nach Art. 273 Abs. 1 als Nebenhandelsgeschäft betrachtet werden kann. Alsdann kommen wieder die allgemeinen Grundsätze des 1. Tit. des IV. Buchs in Anwendung. [8])

b. Das **Frachtgeschäft** ist Beförderung in Verbindung mit Verwahrung des Guts während des Transports. Das Frachtgeschäft ist subjektives Grundhandelsgeschäft, gleichgültig ob es im Grossen oder Kleinen betrieben wird, nach Art. 272 Abs. 1 Z. 3. [9]) Es ist aber auch dann Handelsgeschäft, wenn es vereinzelt im Gewerbebetriebe eines Kaufmannes abgeschlossen oder wenn es als Hilfsgeschäft betrieben wird, wie z. B. von einem Hotelier, nach Art. 272 Abs. 2. und Art. 273 Abs. 1. So oft das Frachtgeschäft Handelsgeschäft und der Transportant Frachtführer oder Kaufmann ist, kommen die Rechtssätze des 5. Tit. des IV. Buchs zur Anwendumg, [10]) jedoch bei der

---

Seuffert vorgelegte aus 26 Artikeln bestehende Entwurf mit dem Titel: „Von den Schiffen, welche Flüsse und Binnengewässer befahren," kam nicht mehr zur Berathung. Prot. S. 515 ff., 4490, 5126—5134.

[7]) Art. 272 Abs. 1 Z. 3, Abs. 2. Prot. S. 1293 ff. — Goldschmidt § 54 Not. 23, I S. 616 u. 617. Hahn Art. 272 § 14 S. 34—36. Zum Theil unrichtige Ansichten bei Noack in Buschs Arch. 2 S. 27, 28.

[8]) Hierher gehört z. B. der Transport des unexpedirt der Bahn übergebenen Reisegepäcks, ebenso der Transport des Handgepäcks und der diesem gleichgestellten Gegenstände. Deutsch. Betriebsreglement (künftig citirt: Regl.) § 26, 27. Hahn, Art. 390 § 9 S. 576. Vgl. auch die Urtheile des A.G. Köln in Goldschmidts Zeitschr. VI S. 546, 547.

[9]) Nach Entw. I. Les. Art. 331 war es objektives Grundhandelsgeschäft. Vgl. Prot. S. 413, 516, 533—535, 551, 781, 1264, 1462—1465. 4673, 5092. Entw. II. Les. Art. 367. Monit. 427—429.

[10]) Art. 420, 277.

Post nur subsidiär.[11]) Ist das Frachtgeschäft kein Handelsgeschäft oder ist es blos auf Seiten des Absenders Handelsgeschäft, so kommen die Grundsätze von der locatio conductio operis zur Geltung, jedoch im zweiten Falle modifizirt durch die allgemeinen Rechtssätze des 1. Tit. des IV. Buchs [12]). Wir verstehen hier nur die erste Art des Frachtgeschäftes unter dem Begriffe **„Frachtgeschäft"**, weil blos für sie eigenartige handelsrechtliche Grundsätze gelten; dagegen bezeichnen wir die zweite Art desselben als **modifizirten Gütertransport.**

Also nicht jedes Transportgeschäft ist Handelsgeschäft und desshalb ist auch jeder gewerbemässige Transportant Kaufmann.[13])

III. Personen- und Gütertransport werden sowohl im Grossen als im Kleinen betrieben; im Grossen durch die grossen Transportanstalten, insbesondere aber durch die Eisenbahnen und durch die Posten. Die Nachrichtenbeförderung findet gewerbemässig fast ausschliesslich nur durch die Posten und die Telegraphenanstalten statt. Da unsere Aufgabe ist, die Transportgeschäfte darzustellen, insofern sie Handelsgeschäfte sind, und da der Transport entweder Güter- oder Personen- oder Nachrichtentransport ist, so würde einer lediglich abstrakten Regeln folgenden Darstellung diese Dreitheilung in Güter-, Personen- und Nachrichtentransport entsprechen. Allein dagegen stehen folgende Erwägungen. Zunächst ist der sog. Nachrichtentransport der Telegraphenanstalten gar kein Transport, sondern nur eine besondere Gestaltung der locatio conductio operis, wesshalb auf ihn keine Transportgrundsätze Anwendung finden und besondere Gesetze und Verordnungen für das Telegraphenwesen bestehen. Aus diesem Grunde ist das **Telegraphenrecht** gesondert darzustellen. Ferner gelten auch für die Postanstalten primär besondere Gesetze und Verordnungen, so dass das H.G.B. nur subsidiär zur Anwendung kommt.[14]) Ausserdem befasst sich die Post nicht bloss mit Transport, sondern auch noch mit andern Geschäften. Desshalb verlangt auch das gesammte **Postrecht** eine abgesonderte Darstellung. Schliesslich ist zu bemerken, dass in Ansehung des Gütertransports der Eisenbahnen das H.G.B. eine Reihe von Spezialvorschriften aufstellt, welche nicht ohne Beeinträchtigung der Durchsichtigkeit in systematische Verbindung mit dem gewöhnlichen Frachtrecht gebracht werden können. Dazu kommt, dass das deutsche Eisenbahnbetriebsreglement der Beförderung von gewöhnlichen Gütern die Beförderung von Personen, Reisegepäck, Leichen, Fahrzeugen und lebenden Thieren gegenüber stellt und dieselbe besonders normirt. Desshalb empfiehlt es sich, in einem besonderen Abschnitt das **Eisenbahnrecht** zur Darstellung zu bringen, aber um Wiederholungen zu vermeiden, nur soweit, als das H.G.B. und das Reglement für den Eisenbahnverkehr bezw. für einzelne Zweige desselben besondere Normen aufgestellt haben, welche für den gewöhnlichen Personen- und Güterverkehr nicht massgebend sind.

---

[11]) Art. 421 Abs. 2; vgl. Art. 449.

[12]) Art. 273 Abs. 1, Art. 277. Hahn Art. 390 S. 571 Not. 1. Goldschmidt I S. 618. Text zu Not. 29a.

[13]) Goldschmidt I S. 613, Text zu Not. 9.

[14]) Art. 421 Abs. 2.

Die folgende Darstellung zerfällt demnach in 4 Abschnitte:

I. Der **gewöhnliche Transport**, soweit er einer besonderen handelsrechtlichen Darstellung bedarf.[15])

II. Der **Eisenbahntransport**, soweit er vom gewöhnlichen Transport prinzipiell verschieden oder rücksichtlich gewisser Transportobjekte wegen des eigenthümlichen technischen Betriebes der Eisenbahnen besonders normirt ist.

III. Die **Post** nach den verschiedenen Seiten ihrer Thätigkeit.

IV. Der **Telegraph.**

---

[15]) Keiner besondern Darstellung bedarf sowohl der einfache als auch der modifizirte Gütertransport.

II. Das gewöhnliche Transportgeschäft.

A. Das Frachtgeschäft.[1])

§ 336.

1. Die Personen des Frachtgeschäfts: insbesondere der Frachtführer.

Nach der Struktur des Frachtverhältnisses kommen beim Frachtgeschäft wesentlich drei Personen in Betracht: der Frachtführer, der Absender und der Empfänger.

I. „**Frachtführer** ist derjenige, welcher gewerbemässig den Transport von Gütern zu Land oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführt.“ [2]) Nicht Frachtführer ist derjenige, welcher gewerbemässig den Transport von **Personen** zu Land oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführt. Nicht Frachtführer ist auch derjenige, welcher das Güter- oder Personentransportgewerbe zur See betreibt, obschon auch ein solcher nach dem Sprachgebrauch des Seerechts Frachtgeschäfte macht. Die Begriffe Frachtführer und Frachtgeschäft decken

---

[1]) Literatur: Petrus Mieth de eo quod justum est circa aurigas, Vom Rechte der Fuhrleute, disput. jurid. inaug. Erfordiae s. a. (aber für die am 14./24. Sept. 1699 stattfindende Disputation gedruckt). — Ferd. Christ. Harpprecht, Das Recht der Fuhrleute. Leipzig 1718. Davon erschien eine kürzere lateinische Bearbeitung des ersten Theils dieses Traktats unter dem Titel tractatio jurid. de Jure Aurigarum etc. Vom Recht der Fuhrleute u. s. w. Halae Magdeb. 1739. — Salander, Recht der Fuhrleute Augspurg 1745 (ein Plagiat von Mieths Dissertt.). — Münter, Das Frachtfahrerrecht 2 Th. Hannover 1798, 1801. Neue Ausgabe 1810. — Ascher, Zum Recht der Frachtfuhrleute. Berlin 1847. — Kuhn, Das Frachtgeschäft in Buschs Archiv 6 (1865) S. 335—403. — W. Koch, Das Frachtgeschäft der Eisenbahnen nach dem A. d. H.G.B. in Goldschmidts Zeitschr. VIII (1864) S. 401—485, X (1866) S. 58—112. Als Separatabdruck erschienen unter dem Titel: Das deutsche Eisenbahn-Transportrecht. Erlangen 1866. — Eger, Das deutsche Frachtrecht mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechts. Ein Kommentar zu Tit. 5 Buch 4 u. s. w. 3 Bd. Berlin 1879, 1881, 1883. — Wehrmann, Das Eisenbahnfrachtgeschäft nach Buch IV Tit. V des A. d. H.G.B. von 1861. Stuttgart 1880. — Thöl, Handelsrecht 3. B. Leipzig 1880. — Brinckmann § 114, 115. Endemann § 153—159. Sodann die Kommentare von Hahn, Puchelt u. s. w. zu Art. 390 ff.

[2]) Art. 390. — Preuss. Entw. Art. 306, Entw. I. Les. Art. 331, Entw. II. Les. Art. 367. — Prot. S. 781, 1228, 4673, 5092. Monit. 427—429. Eger I. S. 1—38.

sich also nicht. Denn nicht jeder, welcher das Frachtgewerbe betreibt, ist Frachtführer, sondern nur derjenige, welcher das Güterfrachtgewerbe zu Land und auf Binnengewässern betreibt. Ob er auch im gewöhnlichen Sprachgebrauch Frachtführer genannt wird, ist irrelevant; denn das Wort Frachtführer ist ein vom Handelsgesetzbuch neu aufgestellter technischer Begriff.[3]) Zum Begriffe des Frachtführens gehören also folgende Momente:

1. Eine **Person.** Einerlei ist es, ob diese Person eine **Einzelperson**, sei es physische sei es juristische, oder eine **Gesellschaft**, sei es Handelsgesellschaft sei es civilrechtliche Gesellschaft,[4]) oder eine **Transportanstalt ist.**

2. Diese Person muss sich mit **Transport** beschäftigen. Transport ist die Fortbewegung, Verbringung körperlicher Sachen von Ort zu Ort. Gleichgültig ist es, ob dazu besondere Transportmittel nothwendig sind oder nicht, wie z. B. beim Treiben von Vieh. Gleichgültig ist die Art der Transportmittel, ob Fahrzeuge Thiere oder Menschen,[5]) ob dieselben lediglich durch mechanische (Dampf, Luftdruck, Wind, Luftströmung, Wasserlauf), oder lediglich durch organische (Menschen, Thiere), oder durch eine Verbindung von beiden Kräften (Rudern und Segeln, Ziehen und Segeln u. dgl.) bewegt werden. Desshalb ist nicht blos der Frachtfuhrmann und die Eisenbahn Frachtführer, sondern insbesondere auch der **Fussbote**, **Dienstmann**, **Packträger**, **Gepäckträger**; ebenso der **Säumer**, der **Viehtreiber**,[6]) ebenso der **Binnenschiffer** in jeder Variation als Ruder-, Segel-, Dampfschiffer; möglicherweise auch der **Unternehmer von Ueberfahrtsanstalten über öffentliche Flüsse und Binnenseen** mittelst Fähren, Nähen, Prahmen u. dgl., d. h. falls er Frachtgeschäfte und nicht, wie dies gewöhnlich der Fall ist, bloss einfachen Transport betreibt.[7]) Gleichgültig ist es auch, ob die Transportmittel eigene oder gemiethete fremde sind; desshalb ist Frachtführer auch das **Dienstmannsinstitut**, das durch engagirte Dienstmänner das Frachtgeschäft betreibt, die **Packetbeförderungsgesellschaft**, die **Post.**[8]) Ebenso unabhängig ist der Begriff des **Frachtführers** von der Entfernung, innerhalb welcher der Transport sich zu bewegen hat. Die allgemeine Bestimmung des Art. 390 ist nicht nur für den **Distanzverkehr**, d. h. für den Verkehr von Ort zu Ort, von Stadt zu Stadt, von Land zu Land, sondern auch für den **Lokalverkehr** zutreffend. Zwar reflektiren Art. 391 Abs. 2, Art. 392, 394, 404, 405, 414 u. s. w. hauptsächlich oder ausschliesslich auf den Distanzverkehr; allein Praxis und Theorie sind darin einverstanden, dass die

---

[3]) Vgl. Hahn Art. 390 § 1 S. 572.

[4]) Vgl. Art. 10 Abs. 2.

[5]) R.O.G.H. XII 63 S. 198.

[6]) Natürlich unter der Voraussetzung, dass ihm das Vieh anvertraut wird und er aus dem Viehtreiben ein Gewerbe macht. R.O.H.G. XIII 48 S. 133—136. Theilweise a. M. Preuss. Entw. Mot. S. 168. Würtemb. Entw. Mot. S. 112. R.H.G.B. Mot. S. 19. Zweifelhaft Goldschmidt I S. 615 Text zu Not. 19.

[7]) Vgl. Eger I S. 20, 21. Thöl § 4 S. 4—7.

[8]) Goldschmidt I S. 616 Not. 21, S. 639 Not. 31. Anschütz Art. 390 S. 427 Not. 4. Eger I S. 18, 23.

Bestimmungen dieser Artikel der Tragweite der Definition des Frachtführers in Art. 390 keinen Eintrag thun. Desshalb gehören zu den Frachtführern auch die **bloss** im Lokal- oder Platzverkehr thätigen Gütertransportanten, wie Rollfuhrleute, Möbeltransporteure, Dienstmannsinstitute und Dienstmänner, Packträger, Gepäckträger u. dgl.[9])

3. Dieser Transport muss **Güter** zum Gegenstand haben, d. h. Sachen im Gegensatz zu Menschen; einerlei ob sie Handelsgüter oder sonstige Gegenstände sind. Daher sind auch Nachrichten, falls sie an ein körperliches Substrat fixirt sind, unter den Begriff der Güter zu subsumiren und daher ist auch die reine **Briefpost** als Frachtführerin anzusehen. Denn es kann vernünftiger Weise dem Art. 390 nicht auf den ökonomischen Begriff des Wortes „Güter", sondern nur auf die transportable Natur derselben ankommen.[10]) Dagegen ist die telegraphische Depesche kein für das Frachtgewerbe geeigneter Transportgegenstand. Dieselbe wird allerdings durch die Telegraphenanstalt vom Absender an den Adressaten befördert, aber nicht durch Transport, durch Fortbewegung von Ort zu Ort, sondern durch ein eigenthümliches komplizirtes Verfahren, bei welchem das Schreiben in die Ferne durch Hilfe der elektromagnetischen Kraft das Wesentlichste ist. Noch weniger kann beim **Telephon** von Transport die Rede sein, da ja hierbei Absender und Adressat in direkten unmittelbaren Verkehr treten, während die Post nur den Apparat stellt und untergeordnete Dienste leistet — Kombination von locatio conductio rei et operarum.

4. Dieser Gütertransport muss stattfinden, entweder zu **Land**, gleichgültig ob über der Erde oder unter der Erde (Tunnelbahn, Rohrpost), oder auf **Flüssen** und **Binnengewässern**, gleichgültig, ob dieselben grösser oder kleiner, natürlich oder künstlich (Kanäle) sind, und welchen Namen sie haben (Bach, Fluss, Strom, Teich, See, Haff).[11]) Auch zu **Luft** kann der Transport stattfinden (Luftballon, Brieftauben).[12])

5. Der Gütertransport zu Land oder auf Flüssen und Binnengewässern muss **gewerbemässig** betrieben werden, d. h. **berufsmässig**[13]) und gegen **Entgelt.** Dagegen gehört die **Gewinnabsicht** nicht zum Begriffe der Gewerbemässigkeit. Allerdings ist die Gewinnabsicht in der Regel das treibende Motiv der Gewerbeausübung, und man mag alsdann von Gewerbe im engeren Sinne sprechen. Allein die Gewinnabsicht kann auch hinter andere, namentlich

---

[9]) R.O.H.G. II 81 S. 355 ff., XII 63 S. 146 ff. Anschütz Art. 390 S. 427. Hahn Art. 390 § 5 S. 573, 574.

[10]) Vgl. auch R.O.H.G. XIII 48 S. 134, XXIII 4 S. 18, 19. Eger I S. 9, 24. Thöl S. 3 Text zu Not. 2, S. 5. A. M. Goldschmidt I S. 617 Text zu Not. 27, 28, S. 626 Text zu Not. 39, 40.

[11]) R.O.H.G. XVI 39 S. 137 „Kurisches Haff".

[12]) Eger I 26, 27. Thöl S. 3.

[13]) Völderndorff, Komm. I S. 36; Dieses Handbuch I S. 137. Diejenigen, welche sich gegen das Moment der Berufsmässigkeit erklären, wie Puchelt I Art. 4 Anm. 5 S. 14 (dass das R.O.H.G. IX 119 S. 436 die Ansicht Völderndorffs reprobirt habe, ist unrichtig), gehen von einem zu engen Begriffe des Berufsmässigen aus. Der Beruf eines Menschen kann auch aus verschiedenen Bethätigungen zusammengesetzt sein.

öffentliche Zwecke zurücktreten oder von ihnen gänzlich ausgeschlossen werden, und trotzdem ist die Gewerbemässigkeit da. Denn gewerbemässig ist nicht bloss das, was **als** ein Gewerbe, sondern auch das, was **wie** ein Gewerbe betrieben wird, was der äussern Erscheinung nach als Gewerbe sich darstellt; und **wie** ein Gewerbe wird alles betrieben, was berufsmässig und gegen Entgelt betrieben wird.[14]) Darum ist auch die **Staatsbahn** Frachtführerin;[15]) ebenso die **Post.**[16]) Gleichgültig ist es, ob der gewerbemässige Gütertransport als ausschliessliches Gewerbe oder neben anderen Gewerben betrieben wird. Aber immerhin muss der Transportbetrieb einen **selbständigen** Geschäftszweig bilden; er darf nicht ein blosses Hilfsgeschäft für den eigentlichen anderweitigen Geschäftsbetrieb

---

[14]) Da die Gewinnabsicht jeder ökonomischen Thätigkeit zu Grunde liegt, so kann auf keinen Fall s i e das Moment sein, welches zur gesetzlichen Ausscheidung der Handelsgeschäfte und des Handelsrechts von den übrigen Geschäften und dem allgemeinen bürgerlichen Recht geführt hat. Vielmehr ist dieses Moment die Eigenartigkeit, welche gewisse Geschäfte dadurch annehmen, dass sie berufsmässig betrieben werden. Ausserdem hat auf dem Gebiete des rechtsgeschäftlichen Verkehrs die Gewinnabsicht keine juristische Relevanz, sondern nur die Entgeltlichkeit. In diesem Sinne definirte auch der Entw. I. Les., nachdem er das Frachtgeschäft aus einem subjektiven zu einem objektiven Handelsgeschäft gemacht hatte, den Frachtführer in Art. 331: „Frachtführer ist derjenige, welcher gegen L o h n den Transport von Gütern . . . ausführt." Prot. S. 781. Vgl. Prot. 5050. — G e g e n die Gewinnabsicht im Begriff der Gewerbemässigkeit insbes. H a h n Art. 4 § 8, Art. 5 § 4, Art. 271 § 15, Art. 272 § 2. P u c h e l t Art. 4 Anm. 5 S. 14. T h ö l I § 30, II S. 120, 121. Vgl. auch R.O.H.G. III 84 S. 407, 408. E g e r I S. 12. — F ü r Gewinnabsicht insbes. G o l d s c h m i d t I S. 409 Not. 14, S. 454 Not. 12, S. 462 Not. 25 und Text dazu, S. 491 Not. 12, S. 620 Not. 32. V ö l d e r n d o r f f, Komm. I S. 36 Not. 16; Dieses Handbuch I S. 137. E n d e m a n n, Dieses Handbuch I S. 68.

[15]) So richtig O.H.G. Stuttgart vom 13. Juli 1866 in G o l d s c h m i d t s Zeitschr. XIII S. 630—634 (L ö h r s C.O.N.F. III S. 48 ff. B u s c h s Arch. 9 S. 455 ff.). — F ü r die Frachtführer- und Kaufmannsqualität der Staatseisenbahn R.O.H.G. III 84 S. 407—409, XV 12 S. 35; ebenso A.G. Köln vom 17. April 1867 in L ö h r s C.O.N.F. III S. 508, H.A.G. Nürnberg vom 26. Juni 1868 und 17. Juli 1870 in Sammlung wichtiger Entscheidung des bayr. H.A.G. II S. 164 ff., III S. 422 ff. Desgl. P r i b e r in B u s c h s Arch. 1 S. 247 ff.; K u h n, Ebend. 6 S. 344 ff.; G o l d s c h m i d t I S. 617 Text zu Not. 28, S. 624, 625 Not. 37 u. Text; V ö l d e r n d o r f f, Komm. I S. 40; H a h n Art. 421 § 1 S. 687; T h ö l I § 30 Not. 3 S. 121, III §6 Not. 5 S. 10, 11. E g e r I S. 7. — D a g e g e n L e s s e, D. Ger.Ztg. 1863 S. 214. Reskript des königl. s ä c h s. Justizmin. vom 16. August 1862 in B u s c h s Arch. 1 S. 522 ff.; Bericht des Hofgerichts zu D a r m s t a d t, Ebend. 3 S. 132 ff.

[16]) Prot. S. 5050, 5051. R.O.H.G. XII 104 S. 314—316 (Plenarbeschluss vom 2. Januar 1874), XVII 33 S. 127, XXIII 4 S. 11. — F ü r Kaufmannsqualität V ö l d e r n d o r f f, Komm. I S. 40. G a d, Haftpflicht der deutschen Postanstalten S. 104. H i l l i g, Frachtgeschäft der Eisenbahnen S. 22. E n d e m a n n S. 745 Not. 4. T h ö l I S. 121 Not. 4, III S. 10 Not. 4. K u h n a. a. O. E g e r I S. 9. — D a g e g e n insbes. G o l d s c h m i d t I S. 617 Text zu Not. 28, S. 625—627 Text zu Not. 38—42a; vgl. auch I S. 461 Not. 19, 20 u. Text dazu, S. 490 Not. 12. V o l k m a n n im deutschen Postarchiv 1874 S. 321—341. O.A.G. M ü n c h e n vom 28. Dezember 1869 in S e u f f e r t s Arch. XXVIII. 176 u. G o l d s c h m i d t s Zeitschr. XX S. 604. — Art. 421 beweist weder für noch gegen die Frachtführerqualität der ö f f e n t l i c h e n Transportanstalten, da derselbe nur beabsichtigt, jedenfalls deren Frachtgeschäfte den Bestimmungen der Art. 390—419 zu unterwerfen. Ebensowenig beweisen die Protokolle, da sich auf der Konferenz die widersprechendsten Ansichten geltend machten. Vgl. G o l d s c h m i d t § 54 I S. 618—624.

sein. Darum ist der Hotelbesitzer, welcher mittelst seiner Hotelwagen das Reisegepäck seiner Gäste zum Gasthofe und vom Gasthofe befördert, um desswillen allein kein Frachtführer; ebenso wenig ein sonstiger Personentransportant, der gleichzeitig Reisegepäck transportirt.[17] Doch können die einschlägigen Gepäcktransporte allerdings Frachtgeschäfte nach Art. 420 sein.[18] Ebensowenig ist der Begriff des Frachtführers abhängig von der **Grösse** des Geschäftsbetriebs. Der gewöhnliche Frachtfuhrmann und Frachtschiffer, der Fussbote, Packträger, Gepäckträger, Dienstmann, Ewerführer u. s. w. fällt so gut unter die Definition des Art. 390, wie die grosse Transportanstalt, Eisenbahn, Post, Dampfschiffahrtsgesellschaft.[19]

6. Der gewerbemässige Betrieb des Gütertransportanten muss in **Ausführung** des Transports bestehen. Der Begriff der Ausführung ist rein juristisch; er hat mit dem Thatsächlichen der Vollziehung des Transports nichts zu thun. Nicht jeder, welcher den Transport bewerkstelligt, führt ihn auch aus, sondern nur derjenige, in dessen **Namen** er bewerkstelligt wird, der dafür einsteht, wenn er nicht oder nicht ordnungsmässig bewerkstelligt wird. Daher braucht der Frachtführer die Transporthandlungen nicht selbst vorzunehmen. Er kann sie auch durch seine **Leute** (Beamte, Angestellte, Handlungsbevollmächtigte, Gehilfen, Arbeiter) vornehmen lassen. Er kann sie auch durch dritte **selbständige Personen** vornehmen lassen, d. h. durch andere Frachtführer, mit denen er für eigene Rechnung Frachtverträge abschliesst. Und so kann jemand Frachtführer sein, ohne eine einzige Transporthandlung vorzunehmen und ohne ein einziges Transportmittel zu besitzen. Desshalb ist die **Post** Frachtführer, obschon sie sich der Traktion der Eisenbahn bedient; ebenso der sog. **Entrepreneur de roulage.**[20] Dagegen ist der Spediteur, welcher Güterversendungen gegen

---

[17]) Richtig Hahn Art. 390 § 9 S. 576. A. M. O.Trib. Berlin vom 15. März 1864 bei Striethorst 55 S. 48. Thöl § 6 Not. 6 S. 11. Eger I S. 18; vgl. jedoch auch S. 24 u. 25.

[18]) R.O.H.G. XI 108 S. 345, 346. R.G. I 36 S. 83—85. Dass Frachtverträge, welche nur Hilfsgeschäfte eines Handelsgewerbes sind, nicht nach Frachtrecht beurtheilt werden sollten, wie Thöl S. 12 meint, ist lediglich Wortinterpretation des Art. 420 und weder durch die Absicht des Gesetzgebers noch durch den Geist des H.G.B. gerechtfertigt. Die Handelsgeschäfte des Art. 273 Abs. 1 sind den Handelsgeschäften des Art. 272 Abs. 2 rechtlich ganz ebenbürtig, mag man auch die ersteren Hilfsgeschäfte und die letzteren Handelsgewerbegeschäfte nennen. Auf alle Handelsgeschäfte aber finden die Bestimmungen des IV. Buches des H.G.B. Anwendung, und zwar nicht blos die allgemeinen Rechtssätze über Handelsgeschäfte, sondern auch die entsprechenden speziellen der im Titel 2—5 normirten Rechtsgeschäfte. Art. 420 kann desshalb nicht den Sinn haben, die Hilfsgeschäfte welche subjektiv Handelsgeschäfte sind und sich objektiv als Frachtgeschäfte qualifiziren, von den Bestimmungen der Art. 390 ff. auszuschliessen. Vgl. auch Goldschmidt § 43 I S. 463—467.

[19]) R.O.H.G. XII 63 S. 197. Hahn Art. 390 § 5 S. 574. Anschütz Art. 390 S. 427 Not. 4. Eger I S. 18, 21. Die Bedenken Goldschmidts I S. 615 Not. 21 gegen diese Ausdehnung des Frachtführerbegriffs sind prinziplos und erledigen sich zum Theil durch richtige Auffassung des Begriffes der Transportausführung.

[20]) R.O.H.G. IX 27 S. 89 u. 90 („Norddeutsche Packetbeförderungsgesellschaft"). Goldschmidt I S. 613 Text zu Not. 11. Hahn Art. 390 § 11 S. 578, 579. Anschütz Art. 390 S. 426. Eger I S. 33, 34.

bestimmte Sätze der Transportkosten zu besorgen übernimmt, kein Frachtführer, sondern ein Spediteur, welcher für die von ihm engagirten Zwischenspediteure und Frachtführer del credere steht. Er ist nicht Frachtführer, weil der Transport nicht in seinem Namen vollzogen wird. Er ist aber mehr wie ein gewöhnlicher Spediteur, weil er nicht blos dafür sorgt, dass Andere den Transport übernehmen, sondern auch noch dafür einsteht, dass die engagirten Transportanten ihren Transportpflichten nachkommen werden.[21]) Im Uebrigen ist es für den Begriff des Frachtführers einerlei, ob die gewerbliche Ausführung des Transports auf Transportverträgen oder (wie bei der Post) auf gesetzlicher Verpflichtung beruht; ob er sein Gewerbe für eigene oder für fremde Rechnung betreibt.[22]) —

Der Frachtführer ist **Kaufmann,** weil er gewerbemässig die Frachtgeschäfte betreibt.[23]) Als solcher ist er allen Bestimmungen des H.G.B unterworfen. Nur ist der „gewöhnliche Fuhrmann und der gewöhnliche Schiffer," d. h. der Frachtführer von kleinem Gewerbebetriebe bloss Kaufmann minderen Rechts,[24]) was jedoch auf seine gesetzlichen frachtmässigen Verpflichtungen ohne Einfluss ist.[25])

II. **Absender** ist Derjenige, welcher den Transport durch den Frachtführer ausführen lässt, sei es dass er selbst, sei es dass ein anderer in seinem Namen den Frachtvertrag mit dem Frachtführer abschliesst bezw. dessen Thätigkeit in Bewegung setzt. Gleichgültig ist es, ob der Absender den Transport für eigene oder für fremde Rechnung durch den Frachtführer ausführen lässt, wie z. B. der Spediteur. Derjenige, für dessen **Rechnung** der Frachtführer engagirt wird, ist der **Versender.**[26]) Regelmässig sind **Absender** und **Versender** dieselbe Person. Nicht Absender ist derjenige, welcher in fremdem Namen den Frachtführer in Thätigkeit setzt, gleichgültig für wessen Rechnung, wie z. B. der Handlungsbevollmächtigte. Nicht Absender ist auch derjenige, welcher dem Frachtführer die Güter blos aushändigt (Ablader des Seerechts).[27])

III. **Empfänger,** sonst auch **Destinatär,** oder falls ein Frachtbrief ausgestellt ist, **Adressat** genannt, ist diejenige Person, an welche das Gut, gleich-

---

[21]) Art. 384. Allerdings ist die Fassung dieses Artikels zweideutig, namentlich in Anbetracht des Art. 400 u. 401. Allein die hier vertretene Auffassung entspricht der Nürnberger Kommission und ist nach dem Wortlaut des Artikels möglich. So auch Hahn Art. 384 S. 555 ff. Eger I S. 38; vgl. R.O.H.G. II 58 S. 247 ff. A. M. Gad S. 285, „Transportverdingung".

[22]) Hahn Art. 390 S. 579 Not. 21. Eger I S. 32. A. M. R.O.H.G. XX 84 S. 342. Anschütz Art. 390 S. 427.

[23]) Art. 4 vbd. m. Art. 272 Abs. 1 Z. 3.

[24]) Art. 10. R.O.H.G. XII 63 S. 196, 197. Dieses Handbuch I S. 149 lit. c.

[25]) Theilweise anders nach dem Entw. II. Les. Art. 376, 385 Abs. 2.

[26]) Allerdings hat sich für diesen Begriff weder im Leben noch in der Gesetzgebung (vgl. z. B. Art. 384) ein fester Sprachgebrauch gebildet, was aber nicht abhalten kann, den Ausdruck „Versender" im Interesse der Deutlichkeit auf die im Text angegebene Bedeutung zu beschränken. Prot. S. 781, 844. Hahn Art. 390 § 3 S. 573.

[27]) Vgl. Prot. S. 844, 4733. Goldschmidt I 2 S. 735 Not. 4. Hahn Art. 390 § 4 S. 573. Eger I S. 53, 54.

gültig ob für eigene oder fremde Rechnung abgeliefert werden soll. Derjenige, für dessen Rechnung abgeliefert werden soll, ist als solcher nicht Empfänger.[28]) Regelmässig sind Absender und Empfänger verschiedene Personen; sie können aber auch identisch sein, z. B. wenn der Empfänger den Frachtführer bestellt hat, damit er die Güter an einem andern Ort abhole. Auch Versender und Empfänger können identisch sein, z. B. wenn ein Kaufmann die auf einer Messe eingekauften Waaren durch einen Spediteur sich zusenden lässt.[29])

§ 337.

2. Frachtvertrag und Frachtobligation.

I. Der **Frachtvertrag** ist eine Art des Gütertransportvertrags und zwar die wichtigste Art desselben und gehört wie dieser unter die Kategorie der locatio conductio **operis**, des Unternehmungsvertrags.[1]) Allein während der gewöhnliche Gütertransportvertrag entweder ein einfaches auf Beförderung von Sachen gerichtetes Geschäft oder als modifizirter Gütertransport eine äussere Aneinanderreihung mehrerer Geschäfte ist, erscheint der Frachtvertrag als ein einheitlicher Vertrag kombinirten Inhalts. Der Frachtführer übernimmt durch ihn nicht blos die **Ausführung des Transports**,[2]) sondern auch die **Verwahrung der Güter** während des Transports und deren **Ueberlieferung** an den Empfänger nach Beendigung des Transports. Er ist m. a. W. zusammengesetzt aus Elementen des Transports, des receptum und der Geschäftsbesorgung und in dieser Verbindung ein einheitlicher contractus sui generis.[3]) Der Frachtvertrag ist ein Gebilde der neuern Zeit und des modernen Gütertransportwesens, das sich von dem antiken und mittelalterlichen hauptsächlich auch dadurch unterscheidet, dass der Versender den Transport nicht mehr begleitet und daher die Güter der Aufsicht und dem Gewahrsam des Frachtführers und zur Bestellung an den Adressaten übergibt.

1. Indem der Frachtvertrag sowohl Beförderung des Guts als auch Ver-

---

[28]) R.O.H.G. XV 44 S. 144, 145.

[29]) Hahn a. a. O. Eger I S. 55. Vgl. O.Trib. Berlin vom 18. März 1869 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 568.

[1]) R.O.H.G. XX 84 S. 342; vgl. XIII 48 S. 135.

[2]) So Thöl S. 11.

[3]) Vgl. R.O.H.G. IV 3 S. 14. — Der Frachtvertrag ist nicht etwa eine blosse äusserliche Aneinanderreihung von Transport, receptum und Besorgung, wie beim röm. Wassertransport die Aneinanderreihung der locatio conductio operis und des receptum; er ist keine Verbindung von Konsensual- und Realvertrag, keine Verbindung von Haupt- und Nebenvertrag, sondern ein einheitlicher Konsensualkontrakt. — Der Code civil art. 1779 n°. 2 u. art. 1782 sqq. betrachtet den Frachtvertrag als eine Spezies du louage d'ouvrage et d'industrie und unterstellt ihn gleichzeitig den Rezeptsgrundsätzen der art. 1952—1954. Die Redaktoren des Code hatten einen besonderen Artikel in der Fassung: „Le marché fait avec les voituriers par terre et par eau est un contrat mixte, qui participe de la nature du contrat de louage et de celui de dépôt" vorgeschlagen, allein derselbe wurde wegen seiner lediglich doktrinellen und definirenden Bedeutung verworfen. (Locré législ. civ. XIV p. 369.) Von den in Deutschland entstandenen Gesetzgebungen ist keine zu der Eigenartigkeit des Frachtvertrages durchgedrungen.

wahrung desselben während des Transports zum Inhalt hat, unterscheidet er sich sowohl von der Miethe von Transport- und Bewegungsmitteln, z. B. von Pferden, Schleppschiffen (locatio conductio rei), als auch von der Engagirung von Führungspersonal, z. B. eines Lootsen (locatio conductio operarum), als auch von der Kombination beider, wie z. B. beim Vorspann von Thieren und Maschinen, insbes. Schiffen (locatio conductio rei et operarum).[4]) Der Frachtvertrag ist auch verschieden von derjenigen locatio conductio operis, welche blos die Fortbewegung der Fahrzeuge von Ort zu Ort zum Gegenstande hat. Desshalb ist der Schleppvertrag, d. h. der Vertrag, ein bedientes Schiff zu schleppen, niemals Frachtvertrag, obwohl er ein Transportvertrag ist; dasselbe gilt für die Vorspannleistung.[5]) Allerdings kann auch ein (beladenes oder unbeladenes) Schiff Gegenstand eines Frachtvertrags sein, wie dies auch bei jedem andern (beladenen oder unbeladenen) Fahrzeug möglich ist, z. B. bei der Einstellung von Privatwagen in einen Eisenbahnzug; aber alsdann hat der Schiffer das Schiff nicht blos zu schleppen, sondern auch dasselbe vom Absender an den Adressaten zu überliefern und während der Transportzeit zu verwahren. Ebensowenig liegt ein Frachtgeschäft vor, wenn eine Eisenbahn einen oder mehrere von der Postverwaltung gestellte Postwagen nach der Vorschrift des R.Ges. vom 20. Dezember 1875 Art. 2 und 5 befördert, mag sie auch eine Vergütung dafür bekommen; denn auch hier leistet die Eisenbahn nur die Fortbewegung des Postwagens.[6])

2. Der Frachtvertrag ist ein **synallagmatischer**, ein **entgeltlicher** Vertrag.[7]) Nur braucht der Entgelt gerade nicht in Geld zu bestehen, aber er muss als Aequivalent gemeint sein;[8]) desshalb ist die Besorgung eines Transports aus blosser Gefälligkeit, selbst gegen ein Trinkgeld, kein Frachtgeschäft. Auch braucht der in Geld bestehende Entgelt nicht gerade in einer **besonders** festgesetzten Summe zu bestehen, er kann auch in einer anderen Summe enthalten sein; so steckt z. B. der Entgelt des Freigepäcks bei Eisenbahnen u. s. w.

---

[4]) R.O.H.G. XX 103 S. 408, XXIII 108 S. 322 Not. *.

[5]) R.O.H.G. XXIII 108 S. 320—322. O.Trib. Berlin vom 18. Februar 1869 in Buschs Arch. 23 S. 385. A. M. Thöl S. 7 Not. 7 u. Text dazu. Irrige Rektifizirung der Konsequenzen dieser irrigen Ansicht in § 5 S. 8. Thöl irrt, wenn er meint, das geschleppte Schiff sei das Frachtgut. Dasselbe ist nur das Fahrzeug für das Frachtgut, der Wagen, dem gegenüber der Schlepper das Pferd ist; der Schleppschiffer selbst ist nur Fuhrmann, aber nicht Frachtführer. Vgl. auch Goldschmidt I S. 615 Not. 20. Hahn Art. 390 § 8 S. 575. Eger I S. 34, 35.

[6]) A. M. Thöl § 4 Not. 6 S. 6, 7, 8. Richtig Eger I S. 36, 37. — Eine Verbindung der letztern locatio conductio operis mit loc. cond. rei liegt vor, wenn nach Art. 3 u. 5 des cit. Gesetzes eine oder mehrere für den Postdienst hergerichtete Abtheilungen eines Eisenbahnwagens oder geeignete Güterwagen der Post zur Benützung seitens der Bahn überlassen werden. Vgl. auch cit. Gesetz Art. 4 a. E. Art. 6 Abs. 5.

[7]) R.O.H.G. XIII 48 S. 135.

[8]) Nach römischen Recht schloss ein nicht in Geld bestehendes Aequivalent den Begriff der locatio conductio aus und liess blos einen Innominatkontrakt zu Stande kommen. § 2 J. de loc. et cond. (3,24); l. 5 § 4, l. 17 § 3 D. de praescr. verb. (19,5).

in dem Billetpreise. Wird der Transport unentgeltlich besorgt, so liegt nicht nur kein Frachtgeschäft, sondern nicht einmal ein Handelsgeschäft vor, weil ein unentgeltliches Geschäft eines Kaufmannes nicht zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.[9]) Eine derartige Besorgung involvirt ein gewöhnliches Mandatsverhältniss, und von der strengen Verantwortlichkeit des Frachtführers kann dabei nicht die Rede sein.[10]) Ist aber der Frachtführer kraft Gesetzes zur unentgeltlichen Beförderung verpflichtet, wie die Eisenbahn unter Umständen der Post gegenüber zur Beförderung von Postsendungen,[11]) so haftet derselbe trotzdem frachtmässig. Denn es handelt sich hierbei nicht um eine Liberalität der Bahn, sondern um eine Frachtleistung zum allgemeinen Besten, für welche die Bahn das Aequivalent in den ihr durch die Konzession eingeräumten Vergünstigungen erhält.

3. Der Frachtvertrag wird geschlossen zwischen Frachtführer und Absender. Doch schliesst auch der Kaufmann, der nicht Frachtführer ist, einen Frachtvertrag, wenn er in dem Betriebe seines Handelsgewerbes — und dafür spricht die Präsumtion — die Ausführung eines Gütertransports zu Land oder auf Binnengewässern übernimmt.[12]) Der Frachtvertrag ist **immer ein Handelsgeschäft**, da er stets von einem Frachtführer oder von einem Kaufmann im Gewerbebetriebe abgeschlossen wird.[13]) Auf jeden Frachtvertrag finden die Rechtssätze des Titels: „Vom Frachtgeschäft überhaupt“ (Art. 390—420) Anwendung. Wenn ein Nicht-Frachtführer oder ein Nicht-Kaufmann einen Transport übernimmt, so ist der betreffende Vertrag niemals ein Frachtvertrag, sondern ein gewöhnliches oder modifizirtes Transportgeschäft, eine locatio conductio operis ohne Rezeptshaftung, das Handelsgeschäft sein kann, wenn der Mitkontrahent ein Kaufmann ist und dasselbe als Hilfsgeschäft zum Zweck des Betriebes seines Handelsgewerbes abgeschlossen hat.[14])

Der Frachtvertrag kann auch durch **Bevollmächtigte** sowohl des Absenders als des Frachtführers abgeschlossen werden. Ueber das Vorhandensein der Vollmacht entscheiden die allgemeinen Grundsätze von der Vollmacht bezw. der

---

[9]) Goldschmidt I S. 409 Not. 14.

[10]) Gaj. III § 162; § 13 I de mand. (3, 26); l. 1 § 4 D. eod. (17, 1); l. 1 § 11 D. depos. (16, 3); l. 1 § 18 D. de exerc. (14, 1); l. 20 pr. § 1, l. 46 D. locati (19, 2); l. 22 D. de praescr. verb. (19, 5); l. 52 pr. D. de don. int. vir. et ux. (24, 1); l. 10 § 2 D. de A. vel. A. P. (41, 2). Ueber l. 3 § 1 D. nautae (4, 9) Goldschmidt in seiner Zeitschr. III S. 65 Not. 13. Für die Haftung ex recepto war es nach römischem Recht gleichgültig, ob die Aufnahme entgeltlich oder unentgeltlich war. L. 6 pr. D. nautae (4, 9).

[11]) R.Ges. vom 20. Dezember 1875 Art. 4, 5.

[12]) Art. 420, 274 Abs. 1.

[13]) Art. 272 Abs. 1 Z. 3 u. Abs. 2.

[14]) Art. 273 Abs. 1. Irrig Thöl § 7 S. 11, 12. — Allerdings kann auch bei einem modifizirten Transportgeschäft die Verwahrungspflicht bis zur Rezeptshaftung gesteigert sein; allein eine solche gesteigerte Haftung beruht nicht auf der gesetzlichen Natur des Geschäfts, sondern auf besonderer vertragsmässiger Verabredung — Verbindung von Haupt- und Nebenvertrag.

Handlungsbevollmächtigung. Bei den Eisenbahnen sind die Güterexpeditionen zum Abschluss der Frachtverträge bevollmächtigt, und da der Eisenbahnfrachtvertrag durch Ausstellen des Frachtbriefes seitens des Absenders und Aufdrückung des Expeditionsstempels seitens der Expedition der Absendestation geschlossen wird, so ist es nothwendig, dass diese Aufdrückung des Stempels durch einen Expeditionsbeamten geschehen ist. Allein die Eisenbahn ist dafür verantwortlich, wenn etwa der Expeditionsstempel von einem Unbefugten missbraucht worden ist. Denn der Stempel vertritt die Namensunterschrift der Eisenbahn, und wer den Stempel führen darf, darf auch innerhalb des Geschäftskreises, worin der Stempel verwendet wird, kontrahiren. Dem Publikum gegenüber, welches die Persönlichkeiten der Eisenbahnbeamten und deren interne Befugnisse nicht kennt und nicht zu kennen braucht, erscheint derjenige Beamte zur Führung des Stempels autorisirt, welcher die **thatsächliche** Möglichkeit hat, sich des Stempels zu bedienen. Die Aufdrückung des echten Expeditionsstempels begründet also nicht blos eine Vermuthung dafür, dass der Stempel von dem kompetenten Beamten aufgedrückt sei,[15]) sondern sie begründet die unbestreitbare Vertragshaftung der Eisenbahn, die sich nur durch den Nachweis einer Kollusion des Absenders oder einer Fälschung des Stempels selbst befreien kann.[16])

4. **Gegenstand** des Frachtvertrags sind nur **Güter**, nicht Personen.[17]) Von den Gütern aber gehören hierher alle, die transportirt, von Ort zu Ort gebracht werden können, desshalb auch Thiere und Fahrzeuge. Bei letzteren ist es gleichgültig, ob sie beladen oder unbeladen sind, ob sie durch andere Fahrzeuge fortbewegt werden müssen, wie z. B. der Eisenbahn aufgegebene Equipagen, Ackerwagen, Möbelwagen u. dgl., oder aber ob sie durch sich selbst fortbewegt werden können, so dass der Frachtführer für ihre Fortbewegung nur die bewegende Kraft zu liefern hat, wie z. B. das Pferd bei zu transportirenden Wagen, das Schleppschiff bei zu schleppenden Schiffen, die Lokomotive bei zu befördernden Eisenbahnfahrzeugen, oder ob er gar nur, wie dies bei zu treibenden Thieren der Fall ist, die in ihnen enthaltene organische Bewegungskraft in Thätigkeit zu setzen braucht.[18]) Die Güter brauchen jedoch keine Handelsgüter zu sein; auch andere transportable Gegenstände, desshalb auch Nachrichten, die in einem Substrate verkörpert sind, können den Gegenstand des Frachtvertrags bilden.[19]) Dem Begriffe des Frachtvertrages schadet es auch

---

[15]) So R.O.H.G. IX 121 S. 440.

[16]) Dies scheint auch die Ansicht Thöls S. 121 Text zu Not. 3 zu sein.

[17]) Wenn der 6. Titel des V. Buches des H.G.B. die Ueberschrift führt: „Von dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden", so ist der Ausdruck Frachtgeschäft hier höchst unpassend und von der herkömmlichen Rechtssprache abweichend. Auch spricht das H.G.B. sonst nur von einem „Ueberfahrtsvertrag". Vgl. Goldschmidt I S. 616 Not. 22.

[18]) R.O.H.G. XIII 48 S. 133—136.

[19]) R.O.H.G. XXIII 4 S. 18, 19. O.Trib. Berlin vom 18. März 1869 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 568. Thöl S. 5 insbes. Not. 3 „Briefbote von und nach Orten ohne Postanstalt." A. M. Goldschmidt I S. 617 Not. 28, S. 626 Text zu Not. 39, 40. — „Leichen", Regl. § 34—45.

nicht, dass Personen mit den Frachtgütern zum Zwecke der Begleitung mittransportirt werden. In diesem Falle liegt je nach Umständen bald eine Verbindung von Personentransport und Frachtvertrag, bald bloss ein modifizirter Frachtvertrag vor, indem die begleitende Person nicht als besonderes Beförderungsobjekt in Betracht kommt, z. B. beim Transport von Eisenbahnfahrzeugen.

5. Der Frachtvertrag ist prinzipiell **formlos**; er ist perfekt, so bald Frachtführer und Absender einig geworden sind über den auszuführenden Transport und über den zu zahlenden Frachtlohn. Doch braucht der Frachtlohn nicht gerade fest bestimmt zu sein; es genügt, wenn er nur bestimmbar ist. Als Bestimmungsquelle dient heutzutage der Gebrauch und die Uebung, und dem entsprechend gilt im Zweifel die **übliche**, gewöhnliche Fracht als bedungen und zwar die am Absendungsort zur Absendungszeit übliche Fracht. [20]) Bei den grossen Transportanstalten bestimmt sich der Frachtlohn nach den einschlägigen Tarifen und Reglements.

Dem Prinzip der Formlosigkeit des Frachtvertrags widerspricht es nicht, dass die Ausstellung eines Frachtbriefs üblich ist und vom Frachtführer verlangt werden kann. Denn derselbe ist weder rechtlich nothwendig, noch ist er Form des Vertrags, ja an und für sich nicht einmal dessen Beurkundung, vielmehr ist er vertragsmässige Leistung des Absenders und dient lediglich als Beweismittel. [21]) Mitunter wird eine schriftliche Urkunde über den Frachtvertrag aufgenommen, insbesondere wenn derselbe durch einen Güterbestetter vermittelt wird. [22])

Anders steht die Sache beim Eisenbahnverkehr nach den Bestimmungen des deutschen Betriebsreglements. Zunächst ist hier die Ausstellung eines vorschriftsmässigen Frachtbriefs nicht vertragsmässige Leistung, sondern **Voraussetzung** der gesetzlichen Verpflichtung der Eisenbahn zum Abschlusse von Frachtverträgen. Sodann soll der Eisenbahnfrachtvertrag nur in einer **bestimmten Form** abgeschlossen werden. Diese Form besteht in der Ausstellung und Uebergabe des Frachtbriefs seitens des Absenders und in der zum Zeichen der Annahme erfolgten Aufdrückung des Expeditionsstempels seitens der Expedition der Absendestation, welche Abstempelung regelmässig ohne Verzug nach geschehener vollständiger Auflieferung des in demselben Frachtbrief deklarirten Guts geschieht und auf Verlangen des Absenders in seiner Gegenwart

---

[20]) Arg. Art. 620 Abs. 1, Art. 383, 385 Abs. 2. R.O.H.G. III 27 S. 163. Goldschmidt II S. 125. Eger I S. 89.

[21]) Art. 317 vbd. mit Art. 391 Abs. 1. R.O.H.G. XII 63 S. 198. O.Trib. Berlin vom 18. März 1869 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 568. — Auch in Frankreich wird der Frachtbrief bloss als Beweismittel angesehen trotz der zweideutigen Fassung des Code d. c. Art. 101: La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier etc. Bédarride commissionaires no. 299. Vgl. bezüglich anderer Gesetzgebungen Goldschmidt I 2 S. 734 Not. 3.

[22]) S. eine solche aus Schein und Gegenschein bestehende und wechselsweise unterschriebene Urkunde in Löhrs C.O.N.F. IV S. 527, 528.

stattfinden muss.[23]) Mit der Aufdrückung des Stempels ist der Frachtvertrag perfekt, und gleichzeitig wird daran die Präsumtion geknüpft, dass die Uebergabe des Guts an die Eisenbahn überhaupt und zu der Zeit erfolgt sei, so dass mit diesem Zeitpunkte sowohl die Transportverpflichtung und Berechnung der Lieferzeit als auch die Receptshaftung der Eisenbahn beginnt, falls sie nicht den Gegenbeweis liefert, dass die Uebergabe des Guts erst später stattgefunden habe.[24]) Allein da das Reglement § 49 keine absoluten Normen enthält, so ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass der Eisenbahnfrachtvertrag in anderer als in der in diesem Paragraph vorgeschriebenen Form zu Stande kommt. Ist z. B. die Abstempelung aus Versehen unterblieben, so ist dieser Mangel zwar für den Beweis des Abschlusses, aber nicht für die Existenz des Frachtvertrags von Bedeutung; für den Beweis des Abschlusses, insofern der letztere in Folge der mangelnden Abstempelung nicht durch den Frachtbrief selbst dargethan werden kann, während rücksichtlich des Inhaltes des Frachtvertrags die Beweiskraft eines solchen unabgestempelten Frachtbriefs derjenigen eines gewöhnlichen Frachtbriefs gleichsteht.[25])

6. Der Frachtvertrag kann auch in Verbindung mit einem andern Vertrag abgeschlossen werden, ja er kann sogar regelmässig in einer solchen Verbindung vorkommen, ohne dass er dadurch seine Selbständigkeit verliert, wie z. B. mit dem Personentransport ein Frachtvertrag über ein bestimmtes Gewicht Freigepäck sehr oft verbunden ist. Jedoch liegt ein einfacher Frachtvertrag vor und nicht etwa ein Frachtvertrag in Verbindung mit Sachenmiethe, wenn der Absender ein Fahrzeug ganz oder theilweise miethet, um die vom Frachtführer zu transportirenden Sachen darin zu verladen, z. B. einen Eisenbahnwagen, ein Schiff im Ganzen oder einen Theil desselben.[26])

7. Wenn grössere Quantitäten von Gütern auf Grund Einer Beredung zur

---

[23]) Regl. § 49 S. 1. 2, § 50 a. A. u. Z. 2 Abs. 3. Ueber die Zweckmässigkeit dieser Formvorschriften vgl. Eger I S. 62—64.

[24]) Regl. § 49 S. 3, § 57 Abs. 6. R.O.H.G. IX 121 S. 440. Eger I S. 69—71, 100, 101. Irrig ist die Meinung dieses Schriftstellers, als ob auch für die Perfektion des Frachtvertrags bloss eine Vermuthung begründet würde, während doch durch die Abstempelung sowohl der Abschluss als die Zeit desselben bewiesen wird. Materiell steht allerdings eine solche Vermuthung dem Beweise durch die Frachtbriefsurkunde insofern gleich, als beide durch Gegenbeweis gebrochen werden können, aber nicht formell, da Urkundenbeweis und Vermuthungsbeweis verschieden sind und es nicht gleichgültig ist, ob eine Thatsache durch Urkunde oder durch Vermuthung feststeht. Denn nach C.P.O. § 381 macht die vom Aussteller unterschriebene Urkunde vollen Beweis, welcher den richterlichen Eid nach § 437 schlechtweg ausschliesst, während die Vermuthung diesen Eid zulässt.

[25]) R.G. II 17 S. 56—59. Puchelt Art. 391 Anm. 6 S. 350. Eger I S. 43, 64—67, 95. Die Behauptung dieses Schriftstellers S. 65, 91 sowie des von ihm angeführten Schreibens des Preuss. Handelsministeriums an das Reichseisenbahnamt vom 21. Juli 1874, dass ein solcher unabgestempelter Frachtbrief die Zeit der Auflieferung des Gutes nicht einmal präsumtiv durch sein Datum beweise, ist irrig und führt zu der Konsequenz, dass derselbe gar nichts beweist.

[26]) Arg. Art. 557 Z. 1. R.O.H.G. XX 103 S. 408.

Versendung kommen und auf mehrere Frachtbriefe hin transportirt werden, so wird dadurch der Frachtvertrag nicht in mehrere Frachtverträge zerspalten. Nur da, wo der Frachtbrief als Form des Vertragsschlusses dient, wie im Eisenbahnverkehr, liegen so viele Verträge vor, als verschiedene Frachtbriefe ausgestellt sind, weil in der Ausstellung und Abstempelung des einzelnen Frachtbriefs immer ein Vertragschluss über den Transport der darin bezeichneten Gegenstände enthalten ist.[27])

II. Aus dem Frachtvertrag geht eine charakteristische Obligation hervor, die **Frachtobligation** des Frachtführers. Aber die Frachtobligation geht nicht bloss aus dem Frachtvertrag hervor; sie kann auch auf **Gesetz** beruhen, wie die Frachtobligation der Post. In der Mitte zwischen der vertragsmässigen und der gesetzlichen Frachtobligation steht die Frachtobligation der Eisenbahn. Dieselbe beruht zwar unmittelbar auf Vertrag, allein sie kommt der gesetzlichen Frachtobligation ausserordentlich nahe, weil auf der einen Seite die Eisenbahn zum Abschluss des Frachtvertrags gesetzlich verpflichtet ist, und auf der anderen Seite die daraus hervorgehende Obligation durch die absoluten Normen des H.G.B und des Betriebsreglements einen gewissen gesetzlichen Inhalt bekommt. Man kann daher die Frachtobligation der Eisenbahn als **mittelbare** oder **unentwickelte** gesetzliche Frachtobligation bezeichnen. Denn unzweifelhaft haben wir es bei derselben mit einer noch nicht abgeschlossenen Entwickelung zu thun, einer Entwickelung, die mit dem Siege des staatlichen Eisenbahnmonopols durch Statuirung einer rein gesetzlichen Frachtobligation ihren Abschluss finden wird.

1. Mag die Frachtobligation auf Vertrag oder auf Gesetz beruhen, ihr Inhalt ist immer der gleiche, nämlich die Ausführung des Transports. Diese Ausführung umfasst aber ein dreifaches Moment:

a. Die **Fortbewegung des Guts** vom Auflieferungs- bis zum Ablieferungsort, den eigentlichen Transport.

b. Die **Verwahrung** desselben während der Dauer des Transports und

c. Die **Ablieferung** desselben an den Empfänger nach Beendigung des Transports.

2. Der Frachtführer hat die Ausführung des Transports als **Resultat** (opus) zu prästiren. Dieses Resultat stellt sich dar als rechtzeitige Ablieferung des Frachtguts in unverletztem Zustande an den Empfänger. Die Herbeiführung des Resultats ist von positiven und negativen Voraussetzungen abhängig. Die **positive** Voraussetzung ist eine Kombination von Handlungen und Mitteln, die in ihrer Gesammtheit und Verbindung geeignet sind, die Ausführung des Transports herbeizuführen. Allein nicht die Vornahme und Anwendung dieser Handlungen und Mittel ist Inhalt der Frachtobligation, sondern nur ihr **Effekt**. Daraus ergeben sich folgende begriffliche Konsequenzen, die auch das H.G.B. im Interesse des Verkehrs sanktionirt hat:

a. Die vom Frachtführer zur Ausführung des Transportes vorgenommenen

---

[27]) Regl. § 49, 52 Abs. 5; vgl. § 50 Z. 1. Eger I S. 68 und das daselbst angeführte Urth. des H.G. zu Lübeck vom 20. Mai 1868.

Handlungen und angewandten Mittel sowie deren Kombination sind dem Absender und Empfänger ganz gleichgültig; desshalb unterliegen sie der willkürlichen Bestimmung des Frachtführers.

b. Der Frachtführer hat seine eigenen Transporthandlungen, sowie den Erfolg oder die Erfolglosigkeit der von ihm gewählten Transportgehülfen und Transportmittel unbedingt zu vertreten. Desshalb wird er

c. von der Haftung für das frachtmässige Resultat bezw. für den wegen Mangels desselben entstandenen Schaden nicht durch den Nachweis frei, dass er stets mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers die Handlungen vorgenommen und die Mittel angewandt habe, die nach seiner subjektiven Ueberzeugung das Resultat herbeizuführen geeignet waren.

Während demnach der Frachtführer für die positive Voraussetzung des Transporterfolgs unbedingt einzustehen hat, so verhält es sich anders mit der **negativen** Voraussetzung, der Abwesenheit von störenden Hindernissen und Unfällen. Da diese Unfälle theilweise ausserhalb der Berechnung und Beherrschung des Frachtführers bezw. des Menschen liegen, so würde, falls der Frachtführer schlechthin auch für sie einzustehen hätte, das Frachtgeschäft zu einem aleatorischen Geschäfte werden. Dafür spricht aber kein rechtspolitischer Grund, da die durch solche Unfälle gefährdeten Interessen durch Versicherungsverträge geschützt werden können. Darum hat der Frachtführer Unfälle, die auf höhere Gewalt zurückzuführen sind, auf keinen Fall zu vertreten; das Unmögliche wird ihm nicht zugemuthet. Es kann nur in Frage kommen, wie weit er für solche Unfälle einzustehen hat, die vermieden werden können. Und in dieser Beziehung geht das H.G.B. rücksichtlich der Erhaltung und Verwahrung des Frachtguts über die allgemeinen obligatorischen Haftprinzipien hinaus, während es in Bezug auf die Beförderung sich innerhalb der Regel hält, dass man von dem Obligirten nur die Leistungen eines ordentlichen Durchschnittsmenschen verlangen kann. In allen Fällen aber hat der Frachtführer, wenn er wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit entschuldigt sein will, den Nachweis zu führen, dass ein von ihm nicht zu vertretender Unfall das Frachtresultat vereitelt hat.[28])

3. Die Interessenten können den gesetzlichen Inhalt der Frachtobligation durch Vereinbarungen **modifiziren.** Nur dürfen diese Modifikationen niemals soweit gehen, dass sie das Wesen der Frachtobligation alteriren. Eine Frachtobligation ohne Transportpflicht gibt es nicht;[29]) ebensowenig eine Frachtobligation ohne Verwahrungspflicht.[30]) Ausserdem dürfen solche Vereinbarungen nicht gegen die guten Sitten verstossen, wie z. B. die Klausel, dass der Frachtführer nicht für dolus und lata culpa verantwortlich sein soll. Schliesslich besteht in Ansehung des Eisenbahnverkehrs zum Schutze des Publikums gegen

---

[28]) Art. 395, 397. Hahn Art. 395 §§ 3—14 S. 593—601.

[29]) Vgl. Art. 384.

[30]) Vgl. R.Ges. vom 20. Dezember 1875 Art. 4 a. E.

Ausbeutung seitens der Eisenbahnen die weittragende Beschränkung des Art. 423.[31])

§ 338.

3. Die Frachtpapiere; insbesondere der Frachtbrief.[1])

I. **Der Frachtbrief**, bei Fahrpostsendungen **Begleitadresse** genannt, hat die Form eines offenen Briefes des Absenders an den Empfänger, welcher dem Frachtführer als Begleitpapier ausgehändigt wird.[2]) Doch verbietet das H.G.B. nicht, dass der Frachtbrief gänzlich oder theilweise verschlossen oder versiegelt wird; nur Eisenbahnen nehmen keine verschlossenen oder versiegelten Frachtbriefe an. Als **Brief** dient der Frachtbrief dazu, dem Empfänger Nachricht zu geben über den Inhalt des Frachtgeschäftes, falls derselbe überhaupt ein Interesse an der Kenntnissnahme dieses Inhalts hat, und dies ist regelmässig[3]) der Fall. Hauptsächlich soll der Empfänger über das Frachtgut und den Frachtlohn durch den Frachtbrief verständigt werden. Als **Begleitpapier** enthält der Frachtbrief eine Instruktion für den Frachtführer über den Bestimmungsort des Frachtguts und den Empfänger desselben. Als **offenes** Papier gewährt der Frachtbrief dem Frachtführer die Möglichkeit, die Uebereinstimmung seines Inhaltes, namentlich in Beziehung auf Frachtlohn und Frachtgut, mit den getroffenen Verabredungen bezw. mit den aufgegebenen Waaren zu prüfen, eventuell diese Uebereinstimmung herbeizuführen, um künftigen Differenzen bei der Ablieferung oder Rücklieferung vorzubeugen.[4])

Der Frachtbrief soll bis zur Ankunft des Guts am Bestimmungsorte in der Hand des Frachtführers verbleiben. Ohne besondere Verabredung ist derselbe nicht befugt, den Frachtbrief vorher dem Empfänger auszuliefern. Thut er es dennoch, so präjudizirt dies nicht den Rechten, welche der Absender bis zur Ankunft des Guts am Bestimmungsorte nach Art. 402 Abs. 1 hat. Umgekehrt ist der Frachtführer auch nicht vor diesem Zeitpunkt dem Empfänger gegenüber zur Auslieferung des Frachtbriefs verpflichtet.[5])

Die rechtliche Bedeutung des Frachtbriefs ist im Anschluss an seinen Inhalt weit über seine Form hinausgewachsen.

II. Bezüglich des **Inhalts** des Frachtbriefs sagt Art. 392.[6]) Der Frachtbrief enthält

---

[31]) S. u. § 355.

[1]) Literatur: N. Arch. f. H.R. I. 20. „Die rechtliche Natur des Frachtbriefs" S. 340—375. — Goldschmidt I 2 § 75 S. 733—743. — Eger I S. 39—123.

[2]) Historisches über die Form des Frachtbriefs bei Goldschmidt I 2 S. 735—737 Not. 5 u. 6; über ungenaue Charakterisirungen desselben S. 741, 742.

[3]) Nicht: „zuweilen oder oft", wie Thöl S. 17 Nr. 3 meint.

[4]) Vgl. Regl. § 50 Z. 4 Abs. 2.

[5]) Art. 405: „Er ist insbesondere berechtigt u. s. w."

[6]) Preuss. Entw. Art. 308. Entw. I. Les. Art. 333. Entw. II. Les. Art. 369. — Prot. S. 783, 784, 1228, 4676, 5092. Monit. 431. — Vgl. Code d. c. Art. 102.

1. Die **Bezeichnung des Guts nach Beschaffenheit, Menge** (Zahl. Maass, Gewicht) **und Merkzeichen.** Wieweit die **Beschaffenheit** des Guts zu deklariren ist, lässt sich nur im einzelnen Falle entscheiden. Prinzipiell muss die Deklaration der Beschaffenheit soweit spezialisirt sein, als es für den Frachtführer nothwendig ist, um über die Annahme des Guts überhaupt, über die Behandlung desselben während des Transports und über die zu bedingende Gegenleistung bestimmen zu können. Im Eisenbahnverkehr wird das Nähere hierüber durch die Reglements festgesetzt.[7] Die **Menge** wird in der Regel nach Anzahl der Colli und nach dem Bruttogewicht zugleich bestimmt (auch im Eisenbahnverkehr), seltener durch die blosse Collizahl oder durch Zahl und Mass.[8] Zu den **Merkzeichen** gehört sowohl die Signirung des Guts nach Nummern und Zeichen (Buchstaben, Figuren, Stempel, Firmenzeichen, Schutzmarken u. dgl.), möglicher Weise auch unter Beifügung der Inhaltsangabe, als auch die Verpackungsart der Frachtstücke (Säcke, Kisten, Fässer u. dgl.).[9] Für die Richtigkeit dieser Angaben steht der Absender dem Frachtführer ein.[10]

2. Den **Namen** (bezw. Firma) und **Wohnort** des **Frachtführers.**

3. Den **Namen** (bezw. Firma) des **Absenders,** gleichgültig, ob in oder unter dem Kontexte. Ueblich und im Eisenbahnverkehr nothwendig ist die **Unterzeichnung** des Namens des Absenders.[11] Doch braucht die Unterzeichnung keine Unter**schrift** zu sein; es genügt die namentlich im grossen Verkehr vorkommende gestempelte oder gedruckte (lithographirte, metallographirte) Bezeichnung des Namens.[12]

4. Den **Namen** (bezw. Firma) **dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll,** des Destinatärs, Adressaten, Empfängers. Unzweifelhaft kann der Name des Empfängers durch eine sonstige „genaue und deutliche Bezeichnung", durch eine Demonstration ersetzt sein; „nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur."[13] Da der Absender sich selbst als Empfänger im Frachtbrief bezeichnen und da er nach Art. 402 Abs. 1 vor Uebergabe des Frachtbriefs am Bestimmungsorte die Auslieferung des Guts an einen andern, als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger vorschreiben kann, so muss es auch genügen, wenn er einstweilen die Bezeichnung des Empfängers offen lässt und von seiner späteren Anweisung oder Ordre abhängig macht. Bis zur wirk-

---

[7]) Regl. § 48 Anl. D. Eger I S. 82.

[8]) Regl. § 50 Z. 2 Abs. 1, Z. 3 Abs. 1. Vgl. Eger I S. 82, 83, 102.

[9]) Regl. a. a. O. Vgl. Eger I S. 83, 84, 102, 103.

[10]) Regl. § 34 Abs. 5, § 48 C., § 50 Z. 4 Abs. 1.

[11]) Ebenso nach Code d. c. art. 102. Wetboek Art. 90. Ital. H.G.B. Art. 81.

[12]) Regl. § 50 Z. 3 Abs. 2; vgl. Z. 7 Abs. 3. — Prot. S. 781, 4674, 4675. Monit. 430. Goldschmidt I 2 S. 738 Not. 11. Eger I S. 186, 103. — Die Streitfrage, ob ein nicht unterschriebener Frachtbrief rekognoszibel ist oder nicht, (Nein z. B. Goldschmidt a. a. O., Ja z. B. Hahn Art. 392 § 1 S. 583. Vgl. Thöl S. 15 Not. 5; Eger I S. 58, 59.) ist jetzt durch die C.P.O. § 404 in bejahendem Sinne entschieden und unpraktisch geworden.

[13]) Regl. § 50 Z. 3 Abs. 2. L. 34 pr. D. de condit. (35, 1); l. 6 i. f. D. de R.V. (6, 1); cf. l. 6 D. de R.C. (12, 1).

lichen Ertheilung der Ordre ist dann der Absender selbst als Empfänger anzusehen.[14]). Es muss ferner genügen, wenn die Demonstration in der von einem Dritten einzuholenden Ordre besteht. Ob und in wie weit dieser Dritte die Rechte eines Empfängers hat, hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab.[15]) Ist ein Ladeschein ausgestellt, so muss in dem daneben ausgestellten Frachtbrief der legitimirte Inhaber des Ladescheins als Empfänger bezeichnet sein.[16]) Ist statt des Ladescheins ein mit der Kraft desselben ausgestattetes Frachtbriefduplikat ausgestellt, so ist der legitimirte Inhaber des Duplikats als Empfänger im Frachtbrief zu bezeichnen.

5. Den **Ort der Ablieferung**, d. h. den Bestimmungsort, an welchen das Gut auf Grund des Frachtvertrags **transportirt** werden soll.[17]) Verschieden vom Bestimmungsort ist der Ort, wo das Frachtgut an den Empfänger **auszuliefern** ist, der wirkliche Ablieferungsort. Bestimmungsort und Ablieferungsort können identisch sein, sie können aber auch aus einander fallen. Führen vom Absendungsort nach dem Bestimmungsort verschiedene Wege, so kann nach der Bestimmung des Reglements der Absender den Transportweg bestimmen und zwar durch eine Angabe neben der Adresse, und dann muss dieser Weg von Seiten der Bahn eingehalten werden, sogen. **Instradirungsrecht** des Absenders. Fehlt die Angabe des Transportwegs, so wählt die Versandexpedition auf Gefahr des Absenders denjenigen Weg, der ihr im Interesse desselben am zweckmässigsten erscheint.[18]) Und wenn der Bestimmungsort nicht an einer Eisenbahn liegt oder eine für den Güterverkehr nicht eingerichtete Eisenbahnstation (Haltestelle) ist, dann soll der Versender auf dem Frachtbrief die Eisenbahnstation bezeichnen, von welcher aus der Adressat den Weitertransport zu besorgen hat. Sonst unterliegt die Bestimmung über die Weiterbeförderung der Güter, falls die Bahn keine Rollfuhrunternehmer zur Beförderung der Güter nach seitwärts belegenen Orten aufgestellt hat. ihrem Ermessen.[19])

6. Die **Bestimmung in Ansehung der Fracht**, insbesondere ob die Sendung frankirt oder die Fracht vom Empfänger zu zahlen ist. Die Höhe der Fracht braucht jedoch nicht direkt in Zahlen bestimmt zu sein; es genügt auch Verweisung auf die übliche Fracht oder auf etwaige Tarife. Im Eisenbahnverkehr liegt die Bestimmung über die Fracht in der Bezugnahme auf die Reglements.[20])

7. Den **Ort und Tag der Ausstellung**.[21])

---

[14]) Arg. Art. 414 Abs. 1 Z. 4.

[15]) Die Zwecke solcher mystischen Frachtbriefe sind hauptsächlich Geheimhaltung von Geschäftsverbindungen, Sicherung in Beziehung auf die Solvenz und Kreditwürdigkeit des in Aussicht genommenen Empfängers u. dgl. Vgl. Preuss. Entw. Art. 308 Abs. 2 u. Mot. S. 170. Hahn Art. 392 § 3 S. 584. Thöl S. 16. A. M. Eger I S. 87, 88, 103, 104.

[16]) Hahn a. a. O. Eger I S. 88.

[17]) So richtiger Regl. § 50 Z. 3 Abs. 2.

[18]) Regl. § 50 Z. 3 Abs. 3. Eger I S. 104, 105.

[19]) Regl. § 50 Z. 6, § 61 Abs. 2, 3, § 65 Abs. 1 S. 2. Eger I S. 113.

[20]) Vgl. R.O.H.G. IX 23 S. 73—76, XXI 57 S. 184. Eger I S. 89 u. 90.

[21]) Regl. § 50 Z. 3 Abs. 1.

8. Die **besonderen Vereinbarungen der Parteien über andere Punkte**, namentlich über die Lieferungszeit und über die wegen verspäteter Ablieferung vereinbarte Entschädigung, über Beschränkung der gesetzlichen Haftung, überhaupt alle derartigen Vereinbarungen. In dem Verkehre grosser Transportanstalten erscheinen diese Vereinbarungen regelmässig in der Form allgemeiner Bedingungen, welche den Frachtbriefen aufgedruckt sind;[22]) im Eisenbahnverkehr jedoch meistentheils in der Form einer Verweisung auf die Reglements. Doch kommen auch hier verschiedene in den Frachtbriefen selbst stehende Klauseln vor, z. B. die Deklarationen der Gesammtwerthsumme und der Summe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung, die Bestimmungen über Nachnahmen u. dgl.

Der im Art. 392 aufgeführte Inhalt ist als der **gesetzliche Normalinhalt** des Frachtbriefs anzusehen, welcher desshalb überall massgebend ist, wo kraft Rechtssatzes oder kraft Vertrages die Ausstellung oder Entgegennahme eines Frachtbriefs schlechthin verlangt werden kann, und die Parteien nicht durch Verabredung oder Reglement etwas Anderes bestimmt haben. Insbesondere ist der Frachtführer nach Art. 391 Abs. 2 berechtigt, einen Frachtbrief mit diesem normalen Inhalt vom Absender zu verlangen; er ist aber auch verpflichtet, einen derartigen Frachtbrief anzunehmen.[23]) Die Verweigerung der Ausstellung oder Annahme eines ordnungsmässigen Frachtbriefs ist gleich der Verweigerung der Ausstellung bezw. Annahme des Frachtbriefs überhaupt und zieht die nämlichen rechtlichen Folgen nach sich. Doch macht das H.G.B. nicht die Gültigkeit einer Urkunde als Frachtbrief vom Vorhandensein sämmtlicher in Art. 392 aufgeführter Momente abhängig, sondern nur die normale Beschaffenheit eines solchen. Eine Urkunde, die nicht alle jene Bestandtheile enthält, kann nichtsdestoweniger ein Frachtbrief auch im Sinne des H.G.B. sein, so dass die an das Vorhandensein eines solchen geknüpften gesetzlichen Folgen eintreten. Ob dies in concreto der Fall ist, hat der Richter unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu entscheiden.[24])

Die angegebenen Grundsätze erleiden einige Modifikationen im Eisenbahnverkehr. Zunächst ist hier für den Frachtbrief ein bestimmtes Formular vorgeschrieben. Diesem Formular entsprechend müssen die Frachtbriefe für gewöhnliches Frachtgut auf weissem, für Eilgut auf rothem (dunkelrosa) Papier gedruckt und zum Zeichen der Formularmässigkeit mit dem Kontrolstempel seitens einer der Verwaltungen versehen sein, in deren Bereich sie in Gebrauch genommen werden sollen.[25]) Sodann dürfen die Frachtbriefe keine Erklärungen oder Vereinbarungen (Reverse) enthalten, die nicht durch das H.G.B. oder das

---

[22]) Vgl. z. B. R.O.H.G. VIII 49 S. 192—195.

[23]) Hahn Art. 392 § 1 S. 582—583. Endemann S. 720 Not. 7. Thöl S. 15. Eger I S. 80.

[24]) Prot. S. 2203, 2210, 4770. Hahn a. a. O. Thöl a. a. O. Eger I S. 80, 81.

[25]) Regl. § 50 a. A., Z. 7, 8. Bekanntmachung des Reichseisenbahnamts vom 14. Juli 1879 (Reichsanzeiger Nr. 171). Vgl. über die Geschichte und die einzelnen Bestandtheile des jetzt geltenden Frachtbriefformulars Eger I S. 113—120.

deutsche Betriebsreglement für statthaft erklärt worden sind.[26]) Frachtbriefe, welche nach Form oder Inhalt von den Vorschriften des Betriebsreglements abweichen, brauchen nicht angenommen zu werden; werden sie aber angenommen, so kommt ihnen die Bedeutung reglementsmässiger Frachtbriefe zu. Dagegen werden sog. **Ursprungs**frachtbriefe, d. h. solche, mit welchen das Gut vor der Aufgabe zur Eisenbahn durch andere (Land-, Fluss- oder See-) Frachtführer befördert worden ist, nicht nur nicht statt der vorschriftsmässigen Eisenbahnfrachtbriefe, sondern auch nicht einmal als Beilagen zu denselben angenommen.[27]) Ferner verlangt der Transport gewisser, nur bedingungsweise zugelassener Gegenstände die Aufnahme bestimmter Klauseln in den Frachtbrief, seien dies nun Erklärungen des Absenders oder obrigkeitliche Atteste und Beglaubigungen oder Bescheinigungen von Sachverständigen.[28]) Schliesslich erfordern gewisse Güter besondere, d. h. andere Gegenstände nicht umfassende Frachtbriefe, **Separatfrachtbriefe**, nämlich:

1. Die nur bedingungsweise zur Beförderung zugelassenen Gegenstände;
2. Die vom Versender und Empfänger auf- und abzuladenden Güter;
3. Die unter Zoll- und Steuerkontrole stehenden Waaren;
4. Gegenstände, die nach ihrer Beschaffenheit ein Zusammenladen ohne Nachtheil nicht gestatten;
5. In Wagenladungen zu befördernde Güter, aber nur auf besonderes Verlangen der Bahn.[29])

III. Der Frachtbrief ist seinem juristischen Zwecke nach eine **Beweisurkunde** über den Frachtvertrag.[30]) Derselbe beweist für und gegen den Frachtführer, für und gegen den Absender, für und gegen den Empfänger: für den Frachtführer nicht bloss gegenüber dem Absender, sondern auch gegenüber dem Empfänger; für den Absender nicht bloss gegenüber dem Frachtführer, sondern auch gegenüber dem Empfänger (z. B. bei Weisungen an denselben); für den Empfänger nicht bloss gegenüber dem Frachtführer, sondern auch gegenüber dem Absender; überhaupt für und gegen einen jeden, der auf Grund desselben in das Frachtverhältniss eintritt, wie z. B. ein successiver Frachtführer.[31]) Gegen den Absender beweist der Frachtbrief in Folge der Niederschrift und Aushändigung desselben an den Frachtführer bezw. Empfänger; gegen den Frachtführer in Folge der Entgegennahme oder sonstigen Anerkennung des Frachtbriefs;

---

[26]) Regl. § 50 Z. 9. — S. Art. 423—430. Regl. § 47 Abs. 1, § 48 Anl. D. I Z. 2 Abs. 1; II Abs. 2; III Z. 7; XV; XXI Abs. 4 Z. 6; XXIX Abs. 3; XXX Abs. 2; XXXI Abs. 2; XXXVI Abs. 2; XXXVIII S. 3; XXXIX S. 2, § 51 Abs. 4 S. 2, § 55 S. 3, § 67 Z. 2. 3, § 68 Abs. 1 Z. 2, § 70 Abs. 3 Z. 1 Abs. 4.

[27]) Regl. § 50 Z. 2 Abs. 4. Eger I S. 101, 102.

[28]) Regl. § 48 Anl. D I Z. 2; III Abs. 2 Z. 7; XV; XXI Abs. 4 Z. 6; XXIX Abs. 3; XXX Abs. 2; XXXI Abs. 2; XXXVI Abs. 2; XXXIX.

[29]) Regl. § 50 Z. 1. Eger I S. 96, 97.

[30]) Art. 391 Abs. 1. — Preuss. Entw. Art. 307 Abs. 1. Entw. I Les. Art. 332 Abs. 1. Entw. II Les. Art. 368 Abs. 1. — Prot. S. 781, 782, 1228. — Regl. § 50 Z. 2 a. A.

[31]) R.O.H.G. VIII 49 S. 196, 197, XXI 57 S. 181, 184; 58 S. 186, 187. Vgl. Anschütz Art. 391 S. 428. Eger I S. 52.

gegen den Empfänger in Folge der Annahme des Gutes mit dem Frachtbrief, aber auch schon vorher desshalb, weil der Empfänger in diesem Stadium die Rechte des Absenders, wenngleich aus eigener Befugniss geltend macht.[32])

Die Beweistüchtigkeit des Frachtbriefs ist durch keine bestimmte Form desselben bedingt. So hängt insbesondere die Beweistüchtigkeit des Eisenbahnfrachtbriefs weder von der Formularmässigkeit desselben ab, noch von der Aufdrückung des Expeditionsstempels auf denselben, da letzterer nicht die Qualität der Urkunde als Frachtbrief bestimmt, sondern nur für den Abschluss des Frachtvertrags massgebend ist.[33]) Ebensowenig ist dieselbe an die Voraussetzung eines bestimmten gesetzlichen oder reglementarischen Inhalts geknüpft. Vielmehr hat der Inhalt des Frachtbriefs nur für den **Umfang** seiner Beweiskraft Bedeutung. Im Einzelnen kann der Frachtbrief beweisen:

1. Den **Abschluss** des Frachtvertrags. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Konsens der beiden Frachtkontrahenten in der Frachtbriefsurkunde enthalten ist. So beweist der mit dem Expeditions- bezw. mit dem Uebergangsstempel versehene Eisenbahnfrachtbrief auch den Abschluss des Frachtvertrags, weil diese Abstempelung zum Zeichen der Annahme der Vertragsproposition geschieht. Den nämlichen Beweis liefert ein mit der Unterschrift des Frachtführers versehehenes Frachtbriefduplikat.[34]) Wo die Annahme seitens des Frachtführers nicht im Frachtbrief ausgedrückt ist, da muss der Abschluss des Vertrags, der sich regelmässig in der Entgegennahme des Frachtbriefs seitens des Frachtführers dokumentirt, durch andere Beweismittel dargethan werden. Was vom Abschluss überhaupt, gilt auch von der Zeit des Abschlusses, da dieselbe ebenfalls von der Annahme seitens des Frachtführers abhängt.[35]) Regelmässig beweist der Frachtbrief nur

2. den **Inhalt** des Frachtvertrags und zwar sowohl in Beziehung auf die Subjekte, als auf die Objekte, als auf die wechselsweise stipulirten Leistungen, als auch auf etwaige Nebenverabredungen und Erklärungen, z. B. über Fehler und Mängel der Verpackung u. dgl.[36]) Er beweist den Inhalt des Fracht-

---

[32]) Prot. S. 782. Goldschmidt I 2 S. 739, 740. Eger I S. 59, 60.

[33]) Vgl. Goldschmidt I 2 S. 737 Not. 7. — Wenn Regl. § 50 Z. 2 a. A. (vgl. § 54 Abs. 5) sagt: „Der nach § 49 abgestempelte Frachtbrief gilt als Beweis über den Vertrag", so korrespondirt dieser Ausspruch nicht dem Gegensatz: Der nicht abgestempelte Frachtbrief gilt nicht als Beweis. Denn die Beweistüchtigkeit der rechtlich anerkannten Beweismittel unterliegt nicht der Disposition der Parteien. Man kann nicht, wie Thöl S. 124 III, vgl. S. 18 meint, „Beweiskraft vereinbaren." Und wenn daher (was allerdings nicht durch den ungestempelten Frachtbrief, aber in anderer Weise geschehen kann) nachgewiesen ist, dass durch Entgegennahme dieses Frachtbriefs ein Frachtvertrag abgeschlossen worden ist, so unterliegt die Beweistüchtigkeit des unabgestempelten Frachtbriefs in Ansehung des Frachtvertrags und abgesehen von dessen Abschluss keinem Zweifel. Theilweise irrig Eger I S. 98.

[34]) Regl. § 49, § 50 Z. 5 Abs. 1. Eger I S. 66.

[35]) Vgl. Regl. § 50 Z. 2 Abs. 3.

[36]) Regl. § 47 Abs. 1, § 48 Anl. D. I Z. 2; III Abs. 2 Z. 7; XV; XXI Abs. 4 Z. 6; XXIX Abs. 3; XXX Abs. 2; XXXI Abs. 2; XXXVI Abs. 2; XXXIX.

vertrags nicht bloss nach der Seite des Transports, sondern insbesondere auch nach der Seite des Receptum, also namentlich die Abladung der Güter, ihre Beschaffenheit und Menge.[37]) Jedoch liefert im Eisenbahnverkehr bei Gütern, deren Auf- und Abladen vom Absender bezw. Empfänger besorgt wird, die im Frachtbrief enthaltene Angabe des Gewichts und der Menge des Guts keinen Beweis gegen die Eisenbahn, sofern nicht dieselbe Gewicht oder Menge ermittelt und im Frachtbrief bescheinigt hat. Hat die Feststellung sich bloss auf die Stückzahl oder bloss auf das Gewicht erstreckt, so braucht auf Grund des Frachtbriefs die Eisenbahn auch bloss das Eine und nicht auch das Andere zu vertreten.[38]) Auch kann die Beweistüchtigkeit des Frachtbriefs in Ansehung der Quantität oder Qualität der übergebenen Gegenstände durch eine besondere unter Zustimmung des Absenders in den Frachtbrief aufgenommene Verwahrungsklausel beseitigt sein.[39]) Eine solche Verwahrungsklausel kann auch in dem in Bezug genommenen Reglement enthalten sein.[40])

3. Der Frachtbrief beweist **andere bei Gelegenheit des Transports abgeschlossene Rechtsgeschäfte**, sofern dieselben darin vermerkt sind, z. B. die Auflegung von Nachnahmen, die Leistung von Vorschüssen.[41])

Der Frachtbrief macht an und für sich, d. h: bis zum Nachweis des Gegentheils, nach allen diesen Richtungen **vollen** Beweis.[42]) —

Der Frachtbrief ist wohl Beweisurkunde über den Frachtvertrag, aber er ist nicht der Frachtvertrag selbst, auch dann nicht, wenn die Parteien im konkreten Fall vereinbart haben sollten, dass der Frachtvertrag erst durch Hingabe und Annahme des Frachtbriefs perfekt sein solle. Denn es wird nicht geschuldet aus dem Frachtbrief, sondern aus der Hingabe bezw. Uebernahme der Güter zum Transport. Der Frachtbrief ist höchstens ein Element des Frachtvertrags, insofern sich in seiner Uebergabe von der einen Seite und Annahme bezw. Abstempelung von der andern Seite der Abschluss des Vertrags und zwar nach Massgabe des Inhalts des Frachtbriefs vollzieht.[43]) Und auch da, wo die wesentlichen Bestandtheile des Frachtvertrags in ihm zum Ausdruck kommen müssen, wie z. B. beim Eisenbahnfrachtbrief, ist er nur Form des Verpflichtungsgrundes, nicht der Verpflichtungsgrund selbst. Desshalb begründet er keine Skripturobligation,

---

[37]) Vgl. Goldschmidt I 2 S. 739 Not. 14—16 u. Text.

[38]) Regl. § 50 Z. 2 Abs. 1. 2. Eger I S. 97—100.

[39]) R.O.H.G. VIII 49 S. 193, 196, 197: „Da die Ballen dem Schiffer nicht vorgewogen wurden, so kann er für einen allenfallsigen Manko nicht aufkommen.“ Ob. Gerichtsh. f. Bayern vom 2. März 1872 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 603—605: „Wegen Andrangs nicht gewogen.“

[40]) Regl. § 50 Z. 2 Abs. 1, 2. App.Sen. Mannheim in Goldschmidts Zeitschr. a. a. O. S. 596—598. Ob. Gerichtsh. f. Bayern vom 2. März 1872 a. a. O. Vgl. auch Eger I S. 46, 47, 99.

[41]) Regl. § 54 Abs. 2, 5.

[42]) Prot. S. 1228. R.O.H.G. XI 70 S. 212. Hahn Art. 391 § 3 S. 580. Goldschmidt I 2 S. 739. Endemann S. 720. Eger I S. 44—46. — Diese Beweiskraft wird durch die Vorschriften der C.P.O. wegen Einf.Ges. dazu § 13 Abs. 1 nicht alterirt.

[43]) Vgl. Goldschmidt I 2 S. 738 Not. 13 u. Text dazu.

sondern nur materielle Verbindlichkeiten, desshalb ist er nicht das einzige ausschliessliche Beweismittel über den Frachtvertrag, und desshalb steht jedem Betheiligten der Gegenbeweis gegen den Inhalt des Frachtbriefs zu. Insbesondere kann der Frachtführer sowohl dem Absender als dem Empfänger gegenüber den Nachweis führen, dass er **weniger** oder **Anderes** oder in **schlechterer Qualität** empfangen habe als der Frachtbrief angibt;[44]) dass die darin ausgeworfene Fracht nicht dem in Bezug genommenen Tarif entspreche;[45]) dass andere Vereinbarungen getroffen seien, die nicht im Frachtbrief stehen.[46]) Auch nicht zu Gunsten des Empfängers begründet der Frachtbrief formale Wahrheit. Denn wenn derselbe auch nach Art. 405 die aus dem Frachtvertrag sich ergebenden Rechte in **eigenem Namen** gegen den Frachtführer geltend macht, so sind dies doch keine selbständigen **in eigener Person nach Massgabe des Frachtbriefs** entstandenen Rechte, sondern es sind nur die Rechte, welche durch den Absender auf Grund des Frachtvertrags begründet worden sind.[47]) Umgekehrt kann aber auch sowohl der Absender wie der Empfänger nachweisen, dass die Quantität wie die Qualität der dem Frachtführer übergebenen Güter eine grössere bezw. eine bessere, als die im Frachtbriefe angegebene war,[48]) dass anderweitige Verabredungen getroffen worden sind, die nicht im Frachtbrief stehen u. dgl.[49])

IV. Ausser dem Frachtbrief kommen statt oder neben demselben noch andere Urkunden von verschiedener juristischer Bedeutung vor, insbesondere:

1. **Ladekarten**, als Dokumente über die verladenen Waaren, wenn der Frachtbrief dem Frachtführer erst nachgeschickt wird, z. B. nach vorhergegangener zollamtlicher Behandlung.[50])

---

[44]) R.O.H.G. VII 54 S. 217, VIII 49 S. 196. Goldschmidt I 2 S. 740, 741 Not. 19. Hahn Art. 391 § 2 Nr. 3 S. 580.

[45]) R.O.H.G. IX 23 S. 73, 74, XXI 57 S. 181—185, XXIII 100 S. 304—307. Puchelt Art. 391 Anm. 4 c. S. 349.

[46]) Goldschmidt I 2 S. 740 insbes. Not. 18, 19. Hahn Art. 391 § 2 Nr. 2 S. 580. Anschütz Art. 391 S. 428. Eger I S. 44. Thöl S. 16. — And. die franz. Praxis wegen Code civ. art. 1341. Pardessus n⁰. 539. Bédarride commiss. n⁰. 302. Dagegen kommen die Bestimmungen des Allg. Preuss. L.R. I 5 § 117 und des Oesterr. allg. bürgerl. G.B. § 887 neben dem H.G.B. Art. 317 vbd. m. Art. 1 nicht zur Anwendung. R.O.H.G. IV 31 S. 161. Hahn a. a. O. Puchelt Art. 317 Anm. 4, II S. 142 und die beiden andern dort angeführten Erkenntnisse des R.O.H.G. Eger I S. 48.

[47]) Vgl. N. Arch. f. H.R. I S. 342, 344, 347, 363, 364, 367, 368.

[48]) Nur wird durch einen solchen Nachweis die Exkulpationsmöglichkeit des Frachtführers nach Art. 395 nicht alterirt. Comm.- u. Admir.-Coll. Königsberg vom 6. Dezbr. 1867 in Löhrs C.O.N.F. V S. 201.

[49]) Vgl. auch Thöl S. 16 V Nr. 1, S. 19 Not. 20 und Text dazu. Doch irrt Thöl, wenn er S. 18, 19. 121 meint, dass der Frachtbrief bloss eine Vermuthung liefere. Der Schluss, dass, weil gegen eine Vermuthung der Gegenbeweis zulässig ist, desshalb ein Beweismittel, gegen welches der Gegenbeweis gestattet ist, bloss eine Vermuthung begründe, ist ein Trugschluss und führt schliesslich zu der Auflösung aller Beweismittel in blosse Vermuthungen, was unhaltbare Konsequenzen nach sich zieht. S. o. § 337 Not. 24. Einer ähnlichen Ansicht wie Thöl scheint Eger I S. 69 zu huldigen.

[50]) Prot. S. 782. Goldschmidt I 2 S. 740 Not. 17.

2. **Frachtbriefduplikate,** d. h. zweite mit dem Hauptfrachtbrief inhaltlich gleichlautende Exemplare desselben, die nicht zur Begleitung dienen sollen und vom Frachtführer unterzeichnet werden.[51]) Ein solches Duplikat kann der Absender nur da verlangen, wo es üblich oder herkömmlich bezw. im Vertrage ausbedungen ist.[52]) Im Zweifel hat dasselbe nur Beweisbedeutung bezüglich der an den Frachtführer erfolgten Uebergabe des Gutes; verpflichtende Kraft hat es nur da, wo es statt des Ladescheins dienen soll.

Nach Regl. § 50 Z. 5 kann der Absender immer ein Duplikat zur Bescheinigung der erfolgten Uebergabe des Frachtgutes von der Eisenbahn verlangen. Zu diesem Behufe hat er ein zweites gleichlautendes Exemplar des Frachtbriefes einzureichen, das ihm sodann von der Eisenbahnexpedition mit der Bezeichnung „Duplikat" vollzogen zurückgegeben wird. Dieses Duplikat hat niemals die Wirkung des das Gut begleitenden Frachtbriefs oder eines Ladescheins. Daher ist keine der Rechtswirkungen, welche das H.G.B. an den Besitz und die Uebergabe des Originalfrachtbriefs knüpft, dem Duplikat beizulegen.

3. **Aufnahmsscheine** (récépissés), d. h. Bescheinigungen der erfolgten Uebergabe von Gütern an die Eisenbahn, welche der Absender statt der Duplikate verlangen kann.[53]) Dieselben sind wichtig als Beweisdokumente für den Beginn der Receptshaftung, die nach Art. 395 in Wirklichkeit mit der „Empfangnahme" des Guts beginnt und nach Regl. § 49 S. 3 mit der Abstempelung des Frachtbriefs nur präsumtiv ihren Anfang nimmt. Ausserdem können sie auch als Bescheinigungen über die Auflegung von Nachnahmen dienen.[54])

Davon zu unterscheiden sind die **Empfangsbescheinigungen**, welche die Eisenbahn dann ausstellt, wenn Güter zugeführt sind, die bis zur thunlichen Verladung in den disponibeln Räumlichkeiten der Bahn deponirt werden.[55])

Beide Urkunden sind blosse Beweisinstrumente über die Uebergabe bezw. Lagerung der Güter. Dagegen sind die **Posteinlieferungsscheine** für rekommandirte Briefe und Fahrpostsendungen gleichzeitig Legitimationspapiere.

---

[51]) In Frankreich wird nach kaufmännischer Uebung das Original des Frachtbriefs, „bonne lettre de voiture", dem Destinatär zugesendet; dagegen erhält der Frachtführer nur eine Kopie desselben, „fausse lettre de voiture". Der Frachtführer ist nur nach Massgabe der Kopie berechtigt und verpflichtet, während das Original lediglich für die Verhältnisse zwischen Absender und Destinatär von Bedeutung ist. Bédarride commiss. n⁰. 302, 303. Unter fausse lettre de voiture oder lettre simulée versteht man aber auch den „Interimsfrachtbrief", welchen der Frachtführer, nachdem er den Originalfrachtbrief für Vorschüsse von Seiten von Spediteuren, Wirthen oder sonstigen Darleihern auf der Reise verpfändet hat, von den letztern unter ihrem Namen erhält. Den Originalfrachtbrief schickt der Darleiher einen ihm bekannten Spediteur am Bestimmungsort, welcher alsdann den Betrag der von seinem Kommittenten gemachten Vorschüsse an der zu erhebenden Fracht abzieht. Bender, Frankfurter Priv.R. S. 715, 716. Goldschmidt I 2 S. 756 Not. 71. Bédarride n⁰. 333.

[52]) Art. 278.

[53]) Regl. § 50 Z. 5 Abs. 1. § 59 Abs. 1 S. 3. Dazu Eger I S. 109—112.

[54]) Regl. § 54 Abs. 5.

[55]) Regl. § 55 S. 2.

4. **Gepäckscheine.** Dieselben sind Bescheinigungen über abgeliefertes und nach einem bestimmten Ort zu transportirendes Gepäck, die gleichzeitig als Quittungen über die Zahlung der Gepäckfracht und als Legitimationspapiere für die Rücknahme des Gepäcks dienen.[56]) Gleiche Bedeutung haben die **Beförderungs- oder Transportscheine** bei Leichen, Equipagen und Fahrzeugen,[57]) die **Hundebillette** und **Viehzettel** bei Hunden bezw. anderen Thieren.[58])

5. **Ladescheine.** Darüber unten § 348.

6. **Nachnahmescheine** als Bescheinigungen über die Auflegung von Nachnahmen.[59])

7. **Begleitscheine** für die zollamtliche Behandlung.[60])

8. **Ursprungszeugnisse** über die Herkunft der zu transportirenden Waaren.[61])

9. **Bescheinigungen von vereideten Chemikern** über die Beschaffenheit und ordnungsmässige Verpackung von Dynamit und ähnlichen Sprengstoffen.[62])

10. **Amtliche Bescheinigungen über vorschriftsmässig ausgeführte Verpackung** von Petarden u. s. w.[63])

11. **Erklärungen des Absenders über das Fehlen und die Mängel der Verpackung.**[64])

12. **Frachtkarten.** Dieselben dienen zur Regelung der innern Verhältnisse zwischen Spediteur und Frachtführer, zwischen den verschiedenen Stationen einer und derselben Eisenbahn und zwischen den verschiedenen Verwaltungen eines Eisenbahnverbandes.[65])

4. Die Pflichten des Frachtführers.

§ 339.

a. Die Transportpflicht.

Wie wir gesehen haben, umfasst die Frachtobligation eine dreifache Verpflichtung des Frachtführers: die Transportpflicht, die Verwahrungspflicht und die Ablieferungspflicht. Diese dreifache Verpflichtung besteht ganz gleichmässig sowohl gegenüber dem Absender als auch gegenüber dem Empfänger.

---

[56]) Art. 427. Regl. § 28. Goldschmidt in s. Zeitschr. IV S. 597.

[57]) Regl. § 36.

[58]) Regl. § 41 Abs. 2, § 42 Abs. 4, § 43 Abs. 3 S. 3. Vgl. Goldschmidt I 2 S. 756, 757 Not. 72—74.

[59]) Regl. § 54 Abs. 5. Dazu Eger II S. 373, 374.

[60]) Begleitschein I Vereinszollges. vom 1. Juli 1869 § 33, 41—50, 87; Begleitschein II § 51, 87; Duplikate von Zolldeklarationen § 53; Zollquittungen § 39 Abs. 2, § 55 Abs. 2—4. — Der Absender hat die zur zoll- und steueramtlichen Behandlung beigefügten Begleitpapiere auch im Frachtbriefe zu verzeichnen, sonst übernimmt die Eisenbahn keine Haftung für dieselben. Regl. § 51 Abs. 4.

[61]) Regl. § 48 Anl. D. I Z. 2.

[62]) Regl. a. a. O.

[63]) Regl. § 48 Anl. D. II; XXXVIII.

[64]) Regl. § 47. Diese Erklärungen sind auf dem Frachtbriefe zu wiederholen.

[65]) W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen, Anlageheft S. 35. Goldschmidt I 2 S. 756 Not. 71.

I. Die **Transportpflicht** hat eine Leistung zum Inhalt von nicht bloss **räumlicher**, sondern auch von wesentlich **zeitlicher** Bedeutung. Damit der Transportzweck vollständig erreicht wird, muss der Transportgegenstand nicht bloss überhaupt, sondern auch zur rechten Zeit an den Bestimmungsort gebracht werden. Namentlich basirt die Spekulation des Handelsverkehrs zum guten Theil auf rechtzeitiger Beförderung der umgesetzten Waaren. Desshalb wird der Frachtführer nicht allein wegen Nichtausführung, sondern auch wegen Verzögerung nnd Verspätung des Transports verantwortlich.

Beruht die Transportpflicht auf Vertrag, so ist der Frachtführer nicht verpflichtet, andere als die speziell im Frachtbrief bezeichneten Güter zu transportiren. Sind aber die Güter bloss generell bestimmt, so hängt es von den Umständen ab, ob er nicht an Stelle der im Frachtbrief bezeichneten Ladung eine andere übernehmen muss; keinenfalls aber darf deren Transport mit grösseren Schwierigkeiten verbunden sein.[1])

Unter Umständen kann der Frachtführer auch verpflichtet sein, den Transport durch ein **bestimmtes Transportmittel** auszuführen, z. B. wenn davon die Dauer des Transports oder die Konservirung der transportirten Waare abhängt.

Hat der Frachtführer mehrere Transportwege zur Auswahl, so muss er den Transport über diejenige Route leiten, welche ihm im Interesse des Absenders bezw. Empfängers am zweckmässigsten erscheint.[2])

II. **Führt der Frachtführer den Transport nicht aus,** so kann dies einen doppelten Grund haben:

1. Weil er ihn nicht ausführen **will.** Alsdann haftet er auf das Interesse, wenn er nicht einen gerechtfertigten Grund zum Rücktritt hat.[3])

2. Weil er ihn nicht ausführen **kann.** Doch ist das Können hier nur relativ zu fassen. Der Frachtführer kann nicht nur dann den Transport nicht ausführen, wenn er ihn **überhaupt nicht,** sondern auch dann, wenn er ihn **nicht rechtzeitig** auszuführen im Stande ist. Desshalb kann nicht bloss ein absolutes Hinderniss, sondern auch eine zeitweilige Verhinderung die Ausführung des vorgesetzten Transportes unmöglich machen; die zeitweilige Verhinderung immer dann, wenn die Rechtzeitigkeit der Lieferung ein wesentliches Element der Transportleistung ist, d. h. wenn durch die Verzögerung der erkennbare Zweck des Transportunternehmens auf der einen oder anderen Seite **vereitelt** wird.[4]) In der Regel wird die zeitweilige Verhinderung nur den Transportzweck des Absenders oder Empfängers vereiteln. Doch kann ein solcher Erfolg auch in der Person des Frachtführers eintreten, z. B. derselbe ist für die spätere Zeit anderwärts engagirt oder er giebt sein Gewerbe auf u. dgl. Mit jeder, auch

---

[1]) Trib. Königsberg vom 22. Mai u. 16. Juni 1868 in Löhrs C.O.N.F. IV S. 527, V S. 64, 65. — Arg. Art. 563. Die Analogie dieses Artikels schliesst schlechtweg aus R.O.H.G. XXIV 111 S. 416—420.

[2]) Vgl. Regl. § 50 Z. 3 Abs. 3 S. 2.

[3]) Ein nicht gerechtfertigtes Nichtwollen liegt auch in dem Falle vor, dass der Konkursverwalter des Frachtführers den Vertrag nicht erfüllt. K.O. § 15.

[4]) Prot. S. 4687.

nur relativen Unmöglichkeit ist das Verpflichtungsverhältniss aufgelöst.[5]) Ob eine Perpetuation der Obligation auf der einen oder andern Seite eintritt, hängt von der Verschuldung derselben ab. Wenn aber die Unmöglichkeit nur eine relative ist, so muss sie von der Seite, welche sie geltend macht, durch eine entsprechende Erklärung konstatirt werden. Diese Erklärung ist jedoch nicht zu verwechseln mit der nach Art. 394 Abs. 2 gestatteten Rücktrittserklärung.

Im Einzelnen kann das Transporthinderniss sein:

a. **Verlust** bezw. **Untergang** des Frachtguts. Dieser macht die Ausführung des Transports stets absolut unmöglich, falls sich nicht der Frachtvertrag auf eine bloss generisch bestimmte Quantität bezieht. Ist der Frachtführer unschuldig, so ist er von seiner Transportverpflichtung frei. Auch hat er einen Interesseanspruch, wenn der Absender den Verlust schuldvoller Weise herbeigeführt hat. Ist der Frachtführer aber schuldig, so kommt es darauf an, ob das Frachtgut vor oder nach der Uebergabe zum Transport verloren wird oder untergeht. Im ersteren Falle haftet er nach den Prinzipien der locatio conductio nur für omnis culpa, z. B. wenn er das Frachtgut abholen soll und dies versäumt hat, was den Verlust herbeiführte; dagegen im zweiten Fall ist er nach den Grundsätzen des Art 395 verantwortlich.

b. **Höhere Gewalt** (vis major), z. B. Naturereignisse (wie Ueberschwemmung, Eisgang, Schneefall u. dgl.), Ausfuhrverbot bei Kriegsausbruch, Konfiskation, Beschlagnahme u. dgl. Höhere Gewalt befreit den Frachtführer von seiner Transportverpflichtung, wenn er nicht Schuld daran ist, dass die höhere Gewalt den Transport betroffen hat.[6]) Doch hat er keinen Anspruch auf Fracht; denn sonst würde der Nachtheil der höhern Gewalt lediglich auf den Absender abgewälzt werden, der ja ohnehin schon seinen Transportanspruch gegen den Frachtführer verliert.[7]) Wenn aber der Absender durch seine Schuld den Transport vereitelt hat, so hat der Frachtführer einen Anspruch nicht bloss auf volle Fracht, sondern auch auf das volle Interesse.[8]) Ist der Frachtführer in Verschuldung, so hat er dem Absender das volle Transportinteresse zu ersetzen, falls das Frachtgut gerettet ist; andernfalls haftet er nach Art. 395, 396.

c. **Versagen der Transportgehülfen bezw. der Transportmittel.** Liegen die Gründe davon in ihnen selbst (z. B. der Gehülfe geht durch, der Wagen zerbricht, der Kessel explodirt u. dgl.), so steht hierfür der Frachtführer schlechtweg ein und zwar nach der Natur der Frachtobligation als einer auf Leistung eines Resultates gerichteten Obligation. Denn da der Frachtführer das Resultat (*ἀποτέλεσμα*), nicht die Arbeit (*ἔργον*) zu prästiren hat, so muss ihm auch die Wahl der Mittel anheim gegeben sein; desshalb fungiren aber auch die Mittel zur Herbeiführung des Erfolgs (universitas consummationis) ausschliesslich auf

[5]) R.O.H.G. IV 35 S. 172 ff., XV 12 S. 28—36; vgl. III 27 S. 133—138. Fr. Mommsen, Beiträge I S. 142—149, 290—294.

[6]) Vgl. Pardessus n°. 545.

[7]) L. 15 § 6 D. loc. cond. (19, 2); l. 10 pr. D. de lege Rhod. (14, 2). Windscheid § 401 Not. 6 und Text dazu.

[8]) Arg. Art. 394 Abs. 2.

seine Gefahr.[9]) Versagen sie ihre Dienste, so tritt eben **Erfolglosigkeit** der zur Bewirkung der obligatorischen Leistung angewandten Mittel ein; es zeigt sich alsdann, dass der Frachtführer sich in der Wahl derselben vergriffen hat und dafür ist er als Unternehmer verantwortlich; von einer Befreiung wegen Unmöglichkeit der Leistung kann nicht die Rede sein.[10]) Liegen dagegen die Gründe, wesshalb die Gehülfen oder Transportmittel ihre Dienste versagen, ausserhalb ihrer selbst in kasuellen Vorkommnissen, so kommen die Grundsätze von der höheren Gewalt zur Anwendung.

d. **Verzögerung** des Absenders oder des Frachtführers, falls dieselbe den Transportzweck vereitelt. Kann keiner der Kontrahenten für die Verzögerung verantwortlich gemacht werden, so löst sich das Frachtverhältniss einfach auf. Der Absender braucht dem Frachtführer weder den Frachtlohn zu zahlen noch ihn für anderweitige Aufopferungen und Einbussen zu entschädigen, ausser soweit er bereichert ist oder sofern er dem Frachtführer dadurch einen Schaden zugefügt hat, dass er ihm die Verzögerung nicht rechtzeitig mittheilte, obschon er dies thun konnte. Ist dagegen der Absender an der Verzögerung schuld, so kann der Frachtführer sein Interesse fordern. Ist der Frachtführer schuld, so wird die Obligation perpetuirt, und haftet er alsdann auf das volle Interesse.

Ist der Transport **zum Theil ausgeführt** und wird bloss seine **Vollendung unmöglich,** so sind in Bezug auf die Frage, ob und in wieweit der Frachtführer aus dem theilweise ausgeführten Transport Ansprüche herleiten kann, drei Fälle zu unterscheiden. Ist der Absender an der Unmöglichkeit der Vollendung schuld, so muss er den Frachtführer wegen des bereits ausgeführten Transports schon darum entschädigen, weil er demselben ja auf das volle Interesse haftet. Ist der Frachtführer schuld, so hat er einen Anspruch nur nach dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung.[11]) Trifft aber keine der Parteien ein Verschulden, so hat der Frachtführer jedenfalls einen Bereicherungsanspruch; dagegen hat er keinen Anspruch auf Theil-(Distanz)-Fracht, weil die Fracht prinzipiell nur für das untheilbare Resultat der Transportausführung geschuldet wird, ausser wenn nach der Intention der Parteien eine theilweise Transportausführung nicht bloss als Theilleistung, sondern auch als selbständige Leistung betrachtet werden soll.[12])

III. Die **Verspätung** des Transports kann verschiedene rechtliche Folgen nach sich ziehen. Sie kann einmal die Transportausführung **unmöglich** machen,

---

[9]) L. 51 § 1 D. loc. cond. (19, 2); l. 5 § 1 D. de V. S. (50, 16).

[10]) Auch sonst ist auf dem Gebiete des Obligationenrechts zwischen Unmöglichkeit und Erfolglosigkeit zu unterscheiden. Die Erfolglosigkeit ist das Ergebniss subjektiver individueller Momente, dagegen die Unmöglichkeit das Produkt objektiver Verhältnisse.

[11]) Vgl. R.O.H.G. IV 35 S. 176, 177.

[12]) Vgl. über diese kontroverse Materie R.O.H.G. IV 35 S. 176—179, VIII 77 S. 321. O.Trib. Berlin vom 5. März 1867 u. 20. Februar 1868 bei Striethorst 66 S. 246 ff.; 71 S. 71, 72. Fr. Mommsen, Beiträge I § 31, III S. 423—427. Windscheid, Krit. Zeitschr. f. d. ges. R.W. II S. 139—141. Goldschmidt in s. Zeitschr. XVI S. 362 u. 363.

wie wir sub II gesehen haben. Sie kann sodann dem Absender ein **Rücktrittsrecht** vom Vertrage geben, worüber unten § 345. Sie kann schliesslich eine **Versäumung der Lieferungszeit** nach sich ziehen und dadurch einen Schadenersatzanspruch nach Massgabe der in den Artikeln 397—399 enthaltenen Bestimmungen gegen den Frachtführer begründen. Doch kann auch bei rechtzeitigem Transport eine Versäumung der Lieferungszeit eintreten; denn das rechtzeitige Eintreffen des Frachtguts am Bestimmungsort involvirt noch nicht dessen rechtzeitige Ablieferung, obwohl es die nothwendige Voraussetzung derselben ist. Damit der Ersatzanspruch des Art. 397 [13]) Platz greifen kann, sind folgende Voraussetzungen nothwendig:

1. Es muss sich um einen Schaden handeln, dessen Ursache die **Versäumung der Lieferungszeit** ist. Das Frachtgut darf nicht **während der Lieferzeit** verloren oder untergegangen sein. Denn der Schaden, welcher daraus entsteht, hat seinen Grund nicht in einer Versäumung der Lieferungszeit, sondern in einer andern Ursache, für die der Frachtführer, wenn überhaupt, nach Art. 395, 396 aufkommen muss.[14])

2. Es muss eine Versäumung der **bedungenen oder üblichen** Lieferungszeit eingetreten sein, gleichgültig ob in Folge Verzögerung des Transports oder ob in Folge nicht rechtzeitiger Ablieferung des rechtzeitig eingetroffenen Frachtguts an den Empfänger. In letzterer Beziehung ist zu unterscheiden:

a. Hat der Frachtführer das Frachtgut dem Empfänger ins Haus zu bringen, so ist die Lieferungszeit versäumt, wenn er es ihm nicht innerhalb derselben tradirt bezw. zur Entgegennahme angeboten hat.

b. Hat der Empfänger das Gut beim Frachtführer abzuholen, so liegt eine Versäumung der Lieferungszeit vor, wenn der letztere dem ersteren nicht innerhalb derselben die Ankunft des Gutes am Bestimmungsort mitgetheilt hat.[15])

Unter **bedungener** Lieferungszeit ist die im Frachtvertrage bezw. Frachtbriefe ausdrücklich festgesetzte oder durch Verweisung auf bestehende Reglements in Bezug genommene Lieferungszeit zu verstehen.[16]) Die **übliche** Lieferungszeit ist diejenige, welche sich auf der betreffenden Frachtroute für die ordnungsmässige Transportleistung festgestellt hat, oder falls eine derartige Feststellung wie z. B. bei einer neuen Frachtroute oder wegen der Eigenartigkeit des Transportwegs (Wasser) nicht stattgefunden hat, diejenige, welche den Umständen des betreffenden Falles angemessen ist, d. h. die Zeit, welche ein ordentlicher Frachtführer zur Ausführung des gegebenen Transportes braucht, falls er die Reise rechtzeitig antritt und ordnungsmässig fortsetzt.[17]) Dieselbe ist aber nicht etwa eine gesetzliche nicht bedungene Lieferungszeit, sondern sie ist ebenfalls eine

---

[13]) Entw. I. Les. Art. 336. Entw. II. Les. Art. 372. — Prot. S. 798, 801—803, 1229, 4719. Monit. 443.

[14]) R.O.H.G. XVIII 63 S. 235—237. — Vgl. jedoch auch Regl. § 69 Abs. 2 S. 3 u. unten § 343 Not. 69 u. Text.

[15]) Hahn Art. 397 § 4 S. 620. Eger I S. 349.

[16]) R.O.H.G. IV 3 S. 15.

[17]) Vgl. Art. 394 Abs. 1. R.O.H.G. II 81 S. 359: der Güterführer hat Eilgut innerhalb einer kürzeren Frist der Bahn zu überliefern als gewöhnliches Frachtgut; III 27

bedungene, weil im Handelsverkehr im Zweifel stets das Uebliche und Angemessene für bedungen gilt. Sie unterscheidet sich von der sog. bedungenen nur dadurch, dass die letztere immer für den konkreten Fall subjektiv fixirt ist, während sie selbst eine für alle Fälle gleicher Art objektiv feststehende Frist ist. In der Mitte zwischen der bedungenen und der üblichen Frist steht desshalb die **reglementarische** Frist. Dieselbe ist durch die Bezugnahme auf das Reglement eine für den konkreten Fall bedungene, und sie ist gleichzeitig die übliche Frist, weil das Reglement für alle Fälle gleicher Art massgebend ist. Die reglementarische Frist ist aber gleichzeitig eine **gesetzliche**, insoweit sie mit der im Regl. § 57 statuirten Frist zusammenfällt. Selbstverständlich steht die bloss gesetzliche Lieferungszeit der bedungenen und üblichen gleich.

Die Lieferungsfristen des Regl. § 57 [18]) sind nur **Maximal**fristen, innerhalb deren Grenzen die einzelnen Bahnverwaltungen beliebige Fristen für den Verkehr ihres Bahngebietes aufstellen können. Die Bahnen haben die Pflicht, Lieferzeiten zu publiziren und zwar durch die einschlägigen Lokal- bezw. Verbandtarife. Publikation durch besondere Bekanntmachungen, Anschläge, Circuläre u. dgl. genügt nicht. Noch weniger dürfen die Eisenbahnen die Lieferzeiten ganz beseitigen. Die früher vorgekommene Klausel „Verzicht auf Lieferzeit" ist unzulässig.[19])

Diese Lieferungsfristen setzen sich zusammen aus **Expeditions- und Transportfristen.**[20]) Geht der Transport mittelst direkten Frachtbriefs aus dem Bereiche einer Verwaltung in den Bereich einer andern durch Schienenverbindung anschliessenden Verwaltung über, so berechnet sich die Transportfrist aus der Gesammtentfernung zwischen der Aufgabe- und Bestimmungsstation, und dieser Transportfrist wird ohne Rücksicht auf die Zahl der durch den Transport berührten Verwaltungsgebiete nur eine **einmalige** Expeditionsfrist hinzugerechnet, wie wenn das Gut nur in einem einzigen Verwaltungsgebiete befördert würde.[21]) Es ist also ganz gleichgültig, wie oft eine Uebergangs- oder Umexpedition unterwegs erforderlich ist. Ebenso ist es gleichgültig, ob die betreffenden Verwaltungsgebiete in Einem oder in mehreren Staatsgebieten, wenn nur im Reichs-

---

S. 137. — Wenn die Transportzeit nicht bestimmt ist, so hat der Absender allerdings kein Recht auf eine „bestimmte Ablieferungszeit" (Thöl S. 28), aber immerhin auf rechtzeitige Ablieferung.

[18]) Vgl. zu demselben Eger I S. 168—183.

[19]) Dagegen können sie ihre Verpflichtung verschärfen. Ist z. B. im Frachtbriefe bezw. Transportscheine die Zugnummer angeführt, so ist die Eisenbahn zur Beförderung mit dem betreffenden Zuge verpflichtet; sonst haftet sie wegen Verspätung. H.G. Frankenthal vom 29. August 1867 bei Eger I S. 93. Vgl. Endemann S. 761 Not. 42. Eger I S. 168, 171, 173, 174.

[20]) Für Eilgüter beträgt die maximale Expeditionsfrist 1 Tag, die maximale Transportfrist für je auch nur angefangene 225 km 1 Tag; für Frachtgüter beträgt die maximale Expeditionsfrist 2 Tage und die maximale Transportfrist für je auch nur angefangene 225 km 2 Tage, Regl. § 57 Abs. 1, § 39 Abs. 2; für lebende Thiere beträgt die maximale Expeditionsfrist 1 Tag, die maximale Transportfrist für je auch nur angefangene 300 km 1 Tag, Bekanntm. des Reichskanzlers v. 15. April 1883 im Centralbl. 1883 S. 99.

[21]) Regl. § 46, 57 Abs. 2.

bezw. Vereinsgebiete, liegen. Eine tarifarische Bestimmung, wonach im letztern Falle die Lieferungsfristen sich zusammensetzen aus der Summe der für jedes Gebiet zulässigen Maximalfristen, ist nach dem Reglement nicht statthaft.[22]) Doch ist den Eisenbahnverwaltungen vorbehalten, **Zuschlags**fristen zu publiziren:

a. Für Messen und andere aussergewöhnliche Verkehrsverhältnisse, d. h. für Fälle vorübergehender Verkehrsstörung oder Verkehrshäufung in Folge von Krieg, Naturereignissen, Güterstockungen u. dgl.; und zwar entweder mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde oder bei plötzlich eintretenden Verkehrshindernissen auch vorbehaltlich derselben.[23])

b. Für den Transport über nicht überbrückte Flussübergänge (Flusstrajekte) und auf Verbindungsbahnen, die bei einem grössern Orte zwischen mehreren daselbst mündenden Bahnen bestehen. Auch hier ist Genehmigung und zwar vorausgehende Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich.[24])

Die Lieferungszeit beginnt mit der Mitternacht, welche auf die Abstempelung des Frachtbriefes bezw. Aushändigung des Gepäck- oder Beförderungsscheins folgt; sie endigt mit der Mitternacht, welche den letzten Tag der tarifmässigen Lieferzeit abschliesst. Sie ist gewahrt, wenn innerhalb dieses Zeitraums das Gut dem Empfänger oder derjenigen Person, an welche die Ablieferung gültig geschehen kann,[25]) an die Behausung oder an das Geschäftslokal **zugeführt** (nicht: **abgeliefert**), oder falls eine solche Zuführung nicht zugesagt oder ausdrücklich verboten ist, wenn innerhalb dieses Zeitraums schriftliche Nachricht von der erfolgten Ankunft für den Empfänger zur Post gegeben oder solche ihm auf andere Weise, d. h. durch Boten und sonstige Gelegenheit wirklich zugestellt ist.[26]) Für Güter, welche Bahnhof restante gestellt sind, ist die Lieferzeit gewahrt, wenn sie innerhalb derselben auf der Bestimmungsstation zur Abnahme bereit gestellt sind.[27]) In drei Fällen ruht der Lauf der Lieferfrist:

a. für die Dauer steueramtlicher Abfertigung;

b. für die Dauer einer ohne Verschulden der Bahnverwaltung eingetretenen Betriebsstörung, durch welche der Antritt oder die Fortsetzung des Bahntransports zeitweilig verhindert wird;[28])

c. beim Viehtransport für die Dauer des Aufenthalts des Viehs auf den Tränkestationen.[29])

---

[22]) So Reichseisenbahnamt vom 21. März 1876 u. Preuss. Hand.Min. vom 10. April 1876 bei Eger I S. 175. Vgl. denselben S. 175—177.

[23]) Das Nähere Regl. § 57 Abs. 3 u. 4. Eger I S. 177—179.

[24]) Regl. § 57 Abs. 5. Eger I S. 179, 180.

[25]) Leute und Bevollmächtigte des Empfängers, Rollfuhrunternehmer (Regl. § 59 Abs. 5), Zollbehörden, Lagerhäuser, Spediteure (Regl. § 64 Abs. 3).

[26]) Regl. § 59 Abs. 4; Bekanntm. des Reichskanzlers vom 15. April 1883 a. a. O. Bei der Benachrichtigung durch die Post muss also bloss der Anfang der Mittheilung noch in die Lieferfrist fallen, während jede andere Avisirung ganz in dieselbe fallen muss. Diese Bevorzugung der Postbeförderung beruht auf der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Postdienstes. Regl. § 57 Abs. 6.

[27]) Regl. § 57 Abs. 7.

[28]) Regl. § 57 Abs. 8. Eger I S. 182, 183.

[29]) Bekanntm. des Reichskanzlers v. 15. April 1883 a. a. O.

3. Der Frachtführer muss die Versäumung **verschuldet** haben. Doch braucht der Kläger nicht die Schuld des Frachtführers zu beweisen, sondern es muss umgekehrt der Frachtführer seine Unschuld darthun. Die Klage auf Schadenersatz wird also gehörig fundamentirt durch die Behauptung und den Nachweis, dass der Schaden durch Versäumung der bedungenen oder üblichen bezw. gesetzlichen Lieferungszeit verursacht ist. Will der Frachtführer dieselbe elidiren, so hat er den Nachweis zu führen, dass er die Versäumung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können.[30]) Da nach der Natur der Frachtobligation als einer auf Leistung eines Resultats gerichteten Obligation der Frachtführer für die Ausführung des Transports innerhalb der Lieferungszeit einsteht, ohne Rücksicht darauf, ob er als ordentlicher Frachtführer den Transport innerhalb dieser Zeit ausführen konnte oder nicht, so genügt zu seiner Exkulpirung nicht der Nachweis, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers überall bei Ausführung des Transports angewandt habe; denn sonst wäre die Verabredung eines Lieferungstermines bezw. das Bestehen einer üblichen oder gesetzlichen Lieferungszeit ganz zwecklos. Vielmehr muss er nachweisen, dass ein bestimmtes Ereigniss eingetreten ist, welches die alleinige Ursache der Transportverzögerung bildet, dass er trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers den Eintritt dieses Ereignisses und dessen Einwirkung auf den Transport nicht zu verhindern im Stande war, und dass er die durch dieses Ereigniss herbeigeführte Transportverzögerung nicht durch die Sorgfalt und die geeigneten Massregeln eines ordentlichen Frachtführers habe paralysiren können. In letzterer Beziehung hat er desshalb insbesondere nachzuweisen, dass er den Transport zur rechten Zeit angetreten und bis zum Eintritt des verzögernden Ereignisses ordnungsmässig bezw. den Anordnungen des Absenders oder Empfängers entsprechend weiter geführt, sowie dass er nach Eintritt desselben die ihm als ordentlichem Frachtführer möglichen Massregeln ergriffen habe, um die verlorene Zeit wieder einzuholen.[31]) Bei Bestimmung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers ist zwar ein objektiver Massstab anzulegen. Allein es ist zu bemerken, dass dieser objektive Massstab für die verschiedenen Kategorien von Frachtführern ein verschiedener ist; man kann von dem gewöhnlichen Frachtfuhrmann und Kahnschiffer nicht denselben Grad von Sorgfalt fordern, den man von einer organisirten Transportverwaltung, z. B. von der Eisenbahn oder Post zu fordern berechtigt ist. Ausserdem sind immer die konkreten Umstände des einzelnen Falls zu berücksichtigen.[32])

---

[30]) Art. 397 „sofern er nicht beweist u. s. w.“ Regl. § 69 Abs. 1, § 31 Z. 2.

[31]) So hat z. B. eine wegen Verspätung zur Verantwortung gezogene Eisenbahn nachzuweisen, dass sie bei der auf ihrem Bahnkörper eingetretenen Betriebsstörung den Transport über die nächste zum Bestimmungsorte führende Strecke geleitet, oder dass sie nach Beseitigung der Störung die ihr mögliche Beschleunigung des Transports habe eintreten lassen. R.O.H.G. III 27 S. 137. Vgl. H.A.G. München vom 23. April 1873 in Buschs Arch. 36 S. 345. Hahn Art. 397 § 2 S. 618, 619. Thöl S. 50. A. M. Eger I S. 344, 345.

[32]) R.O.H.G. II 81 S. 359, VI 96 S. 433, VIII 77 S. 326. Eger I S. 345–347.

Ist die Verzögerung durch Versagen der Transportgehülfen oder der Transportmittel herbeigeführt worden, so kommt es darauf an, ob der Grund dieses Versagens in ihnen selbst oder in äusseren Ereignissen liegt. Im erstern Fall haftet der Frachtführer unbedingt, weil er unbedingt für den Erfolg der von ihm angewandten Mittel einsteht, dagegen im zweiten Fall kommt es darauf an, ob das äussere Ereigniss durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers hätte abgewendet werden können oder nicht. Es genügt zu seiner Exkulpirung nicht, wenn er nachweist, dass er bei Auswahl und bei Beaufsichtigung seiner Leute oder Fahrzeuge die gehörige Sorgfalt beobachtet habe, sondern er muss nachweisen, dass in Folge äusserer Ereignisse, welche weder er noch seine Leute durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführes weder in ihrem Eintritt noch in ihrem Erfolge hätten abwenden können, ein Versagen seiner Gehülfen und Transportmittel stattgefunden habe.[33]) Daraus geht hervor, dass sich der Frachtführer nur durch den Nachweis einer Verzögerung entschuldigen kann, welche durch Naturereignisse (Sturm, Schneetreiben, Ueberschwemmung u. dgl.) oder durch Handlungen dritter Personen (Krieg, Aufruhr u. dgl.) herbeigeführt worden ist, mögen nun diese Naturereignisse bezw. Handlungen auf ihn selbst oder auf seine Gehülfen oder auf die Transportmittel oder auf die Transportwege eingewirkt haben. Und zwar muss, wenn die Verzögerung unmittelbar durch Versagen des Frachtpersonals oder der Transportmittel herbeigeführt worden sein soll, der Frachtführer dieses Versagen auf ein solches Naturereigniss bezw. auf solche Handlungen dritter Personen als die mittelbare Ursache der Verzögerung zurückführen können.[34])

Noch viel weniger kann sich der Frachtführer exkulpiren, wenn die Verzögerung durch seine eigenen Handlungen und Missgriffe herbeigeführt wurde, sollten die Missgriffe auch auf Irrthum beruhen und dieser Irrthum noch so entschuldbar sein.[35])

Die Haftung des Frachtführers wegen Verzögerung des Transports und Versäumung der Lieferungszeit steht nach dem Ausgeführten in der Mitte zwischen der Receptshaftung und der Haftung aus der locatio conductio operis.

[33]) Uebereinstimmend in Bezug auf das Transportpersonal Hahn Art. 397 § 3 S. 620 wegen der allgemeinen Fassung und der Stellung von Art. 400, 401. Thöl S. 50, 51. A. M. in Bezug auf die Transportmittel Hahn § 6 S. 620, 621. Schlechtweg a. M. Eger I S. 348, 349, aber im Widerspruch mit S. 374.

[34]) Es ist desshalb irrig, wenn in dem von Eger I S. 349 angeführten Urtheil des R.O.H.G. vom 28. Novbr. 1873 der Gerichtshof so argumentirt: „Der Hakenbruch, welcher den Aufenthalt hervorrief, kann, da er unterwegs aus einer nicht aufgeklärten Ursache erfolgte, als verschuldet nicht gelten.“ Diese Argumentation involvirt eine Verdrehung der Beweislast. Es hätte vielmehr der Eisenbahn der Beweis auferlegt werden müssen, dass der Hakenbruch trotz der Sorgfalt eines ordentlichen Frachführers durch ein äusseres Ereigniss oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführt worden sei. Ohne eine solche Beweisverpflichtung des Frachtführers haben die Transportinteressenten absolut keinen Schutz gegen seine Nachlässigkeit in Bezug auf Transportpersonal und Transportmittel.

[35]) Z. B. irrthümliches Verladen auf andere Wagen, Fehldirigirung u. dgl. Eger I S. 349.

Mit der erstern hat sie gemein, dass der Kläger nicht den Beweis der Verschuldung zu führen hat; mit der zweiten, dass der Frachtführer durch die Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers exkulpirt wird. —

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so haftet der Frachtführer für allen Schaden, der durch die Versäumung der Lieferzeit entstanden ist.

1. Der Schaden umfasst das **volle individuelle Interesse** des Transportinteressenten. Es ist gleichgültig, ob der Nachtheil in Verlust oder in äusserer Beschädigung oder in Werthverringerung des Gutes besteht. In der Regel wird er in **Werthverringerung** bestehen, die bei gewissen Waaren sich bis zur völligen Entwerthung steigern kann, z. B. bei Modewaaren. Da der Schaden der allgemeinen Regel des Artikels 282 entprechend nach subjektivem Massstabe festgestellt wird, so ist es einerlei, ob die Werthverringerung in einem allgemeinen Herabgehen des Preises (Preisrückgang) oder in einer Verminderung bezw. in einem Aufhören des individuellen Bedürfnisses ihren Grund hat. Mitunter kann die Versäumung der Lieferzeit auch den **Verlust** oder die **Beschädigung** der Waare zur Folge haben; dieselbe kann verderben, verfaulen, verschimmeln, vertrocknen, verrosten, sich verflüchtigen, schwinden u. s. w.;[36]) sie kann in Folge der Transportverzögerung Unfällen preisgegeben werden, denen sie ohne dieselbe nicht ausgesetzt gewesen wäre, z. B. Regen, Frost, Feuer u. dgl.[37]) Da aber Verlust und Beschädigung auch die Folge von Vernachlässigung der Verwahrungspflicht während der regulären Dauer des Transports sein können, und dann eine ganz andere Beurtheilung des Schadenersatzes eintritt, so muss der Kausalnexus zwischen der Versäumung der Lieferungsfrist und dem Verlust bezw. der Beschädigung nachgewiesen werden, falls ein Schadenersatz nach Art. 397 geltend gemacht wird; es muss nachgewiesen werden, dass ohne die schuldvolle Verzögerung der Schaden nicht stattgefunden hätte.[38]) Es tritt desshalb folgender Unterschied ein. Verlangt der Kläger wegen Verlust oder Beschädigung Schadenersatz nach Art. 395, 396, so braucht er weiter nichts nachzuweisen als den Verlust oder die Beschädigung, und der beklagte Frachtführer kann sich nur durch den Beweis exkulpiren, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist. Verlangt der Kläger aber wegen Verlust oder Beschädigung Schadenersatz nach Art. 397, so hat er nicht bloss den Verlust oder die Beschädigung nachzuweisen, sondern auch, dass dieselben in Folge der Fristversäumung entstanden sind; der beklagte Frachtführer kann sich aber dann schon durch den Beweis der unverschuldeten Verspätung exkulpiren. Führt er diesen Beweis, so ist er nicht schlechtweg frei, sondern er kann immer noch nach Art. 395 haftbar sein, weil dieser Artikel auch für den Transport während der Verzögerung gilt. Desshalb muss er, wenn er

[36]) R.O.H.G. XII 7 S. 23 ff., XIII 104 S. 317 ff.. XIV 90 S. 277 ff.

[37]) R.O.H.G. II 81 S. 355—360, III 27 S. 137, XIII 127 S. 399 u. 400.

[38]) R.O.H.G. XIII 127 S. 399, 400. U. d. R.O.H.G. vom 28. Novbr. 1873 bei Eger I S. 255.

ganz frei sein will, beweisen, dass der Verlust oder die Beschädigung in höherer Gewalt u. s. w. ihren Grund haben.[39]) Darum involvirt der Art. 397 in Bezug auf Verlust und Beschädigung keine Abschwächung, sondern eine Verschärfung der Haftung des Frachtführers nach Art. 395. Der Frachtführer haftet nicht bloss für den Verlust und die Beschädigung, die nicht durch höhere Gewalt entschuldigt werden können, nach dem objektiven Massstabe des Art. 396 Abs. 1—4, sondern er haftet wegen derselben sogar für das volle Interesse, wenn der Schaden durch seine schuldvolle Verzögerung entstanden ist, so dass in dieser Beziehung die Bestimmung des Art. 397 gleichsteht der des Art. 396 Abs. 5, also die schuldvolle Verzögerung gleich der böslichen Handlungsweise beurtheilt wird. Desshalb bedarf es, wenn bösliche Handlungsweise vorliegt, keiner genauen Feststellung darüber, ob der Schaden durch Vernachlässigung der Verwahrungspflicht oder durch Transportverzögerung entstanden ist.[40]) Auch haben Vertragsklauseln oder reglementarische Bestimmungen, welche die Verwahrungspflicht beschränken, wie z. B. solche, die auf Grund von Art. 424 erlassen werden, für die Zeit der schuldvollen Verzögerung keine Wirkung, falls nachgewiesen ist, dass der Schaden während und in Folge der Verzögerung entstand.

Es ist ferner einerlei, ob der Schaden eine **positive Verminderung des Vermögens** (damnum emergens) oder die **Vereitelung eines möglichen Gewinnes** (lucrum cessans) nach sich zieht.[41]) Und es ist schliesslich einerlei, ob der Schaden ein **direkter** oder **indirekter** ist. Darum kann es vorkommen, dass der Frachtführer bei einer ganz geringen Verzögerung mehr Schadenersatz zu leisten hat als bei Beschädigung oder sogar bei gänzlichem Verlust der Waare, z. B. wenn der Empfänger wegen verspäteter Ankunft der Waare nicht rechtzeitig liefern kann und desshalb eine Konventionalstrafe zu zahlen hat.[42])

2. Es ist möglich, dass ein und dasselbe Ereigniss **zu gleicher Zeit** sowohl Verzögerung des Transports als auch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts herbeiführt, z. B. in Folge Entgleisung eines Güterzugs wird ein Theil der Güter zertrümmert oder beschädigt, während der Transport des anderen Theils durch Unfahrbarwerden der Bahnstrecke und Umpacken der Waaren verzögert wird. In einem solchen Falle erleidet die Verantwortlichkeit des Frachtführers für dasselbe Ereigniss eine zweifache Beurtheilung: eine den Voraussetzungen nach strengere, aber dem Ersatzumfange nach mildere in Bezug auf unmittelbaren Verlust oder unmittelbare Beschädigung, eine den Voraussetzungen nach mildere, aber dem Ersatzumfange nach strengere in Bezug auf die Verspätung und den dadurch veranlassten mittelbaren Verlust bezw. Beschädigung. So kann es kommen, dass ein und dasselbe Ereigniss dem Frachtführer gleichzeitig zugerechnet und nicht zugerechnet wird.[43])

---

[39]) Thöl S. 52.
[40]) R.O.H.G. XIII 104 S. 318, 319. Eger I S. 339.
[41]) Art. 283. R.O.H.G. IV 74 S. 362.
[42]) Hillig S. 38. Eger I S. 342.
[43]) Hahn Art. 397 § 6 S. 620, 621. Thöl § 30 Not. 9 S. 51, 52. Eger I S. 350.

3. Selbstverständlich können die Bestimmungen des Art. 397, sowohl was die Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht als auch die Beweislast als auch den Umfang des Schadenersatzes betrifft, durch Parteienberedungen modifizirt werden, soweit nicht solche Vereinbarungen gegen höhere Prinzipien insbesondere die bona fides und gegen positive gesetzliche Verbote verstossen.

a. Häufig wird das Interesse rechtzeitiger Lieferung durch ein im Voraus fixirtes Quantum des Schadenersatzes, durch eine **„Deklaration“** bestimmt. Eine solche Deklaration befreit im Zweifel[44]) den Interessenten von dem Nachweis der wirklichen Schadens**höhe,** indem bei thatsächlich eingetretener Verspätung die deklarirte Summe gefordert werden kann ohne den Nachweis, dass der wirkliche Schaden der deklarirten Summe gleichkommt.[45]) Sie befreit ihn aber nicht von dem Nachweise der **Existenz** eines Schadens.[46]).

b. Nicht selten wird für den Fall verspäteter Ablieferung ein Abzug an der Fracht oder der Verlust der Fracht oder sonst eine **Konventionalstrafe** bedungen. Eine derartige Konventionalstrafe ist nach gemeinem Rechte präsumtiv bloss eine **vorläufige Fixirung des Interesses**, welche den Gläubiger von dem Nachweise der Höhe desselben entbindet, ihn aber nicht hindert, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen; m. a. W. die Konventionalstrafe ist das Schadensminimum, welches der Gläubiger ohne jede weitere Liquidation soll fordern dürfen.[47]) Dagegen ist nach preussischem und französischem Rechte die Konventionalstrafe als unabänderlicher Ersatz des wirklichen Interesses anzusehen, welcher jede höhere Interesseforderung ausschliesst.[48]) Nach gemeinem Rechte darf ferner der Gläubiger im Zweifel zunächst die Konventionalstrafe (auch gerichtlich) fordern und dann noch sein weiteres Interesse nachverlangen,[49]) während nach dem Sächs. Gesetzbuch[50]) die Wahl der Konventionalstrafe jegliche Geltendmachung der Interesseforderung ausschliesst.

Das H.G.B. schliesst sich dem gemeinrechtlichen Systeme an. Es bestimmt zunächst im Allgemeinen, dass die Verabredung einer Konventionalstrafe im Zweifel den Anspruch auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadenersatz nicht ausschliesse,[51]) und bestimmt sodann für das Frachtgeschäft speziell, dass, wenn für den Fall verspäteter Ablieferung eine Konventionalstrafe bedungen ist, im Zweifel **ausserdem** auch der Ersatz des den Betrag der Konventionalstrafe übersteigenden Schadens, welcher durch die verspätete Ablieferung

---

[44]) Anders Regl. § 70 Abs. 3.

[45]) Irrig **Eger** I S. 341; das von ihm angef. U. des R.O.H.G. XI 77 S. 229, 230 bezieht sich auf den Eisenbahntransport.

[46]) Vgl. das bei **Eger** I S. 341 angef. U. des A.G. Naumburg vom 27. Aug. 1875.

[47]) L. 41, 42 D. pro soc. (17, 2); l. 28 D. de A. E.V. (19, 1) **Savigny**, Obl.R. II S. 278. **Windscheid** § 285 Not. 15.

[48]) Preuss. A. L.R. I 5 § 292, 293. — Code civ. art. 1152, 1229 al. 1.

[49]) LL. citt. **Windscheid** a. a. O.

[50]) § 1431 vbd. m. § 1428, 699, 700. Vgl. auch Oesterr. G.B. § 1336.

[51]) Art. 284 Abs. 3. Prot. S. 411, 412. 1312, 1313.

entstanden ist, gefordert werden kann.[52]) Die Konventionalstrafe ist also nach dem H.G.B. das **vertragsmässig fixirte Minimum des Interesses**, das bei Nachweis der Verspätung auf jeden Fall verlangt werden darf, sollte auch der wirkliche Schaden geringer als die Konventionalstrafe, oder sollte auch gar kein Schaden entstanden sein. Weist aber der Interressent einen höheren Schaden nach, so ist sie ein Bestandtheil des Interesses und muss desshalb in den Gesammtbetrag des Schadens eingerechnet werden, so dass, wenn die Konventionalstrafe bezahlt ist, der Schadenersatz sich um den Betrag derselben vermindert. Die angegebene Bedeutung der Konventionalstrafe ist jedoch nur eine **präsumtive**. Desshalb kann kraft besonderer Parteienberedung die Konventionalstrafe auch das **Aequivalent** für den vollen wirklichen Schaden oder auch die **Maximalgrenze** des Schadenersatzes bilden.[53]) Weiter kann verabredet werden, dass die Konventionalstrafe **eigentliche Strafe** sein und neben ihr der ganze Schadenersatz soll gefordert werden können;[54]) ferner dass bei Nichteinhaltung einer kontraktlich festgesetzten abgekürzten Lieferungszeit zwar bloss die Konventionalstrafe, dagegen bei Versäumung der gewöhnlichen ordnungsmässigen Lieferungszeit daneben noch der weiter gehende Schaden geltend gemacht werden kann.[55]) Nur ein Reugeld kann sie **hier** nach Lage der Sache nicht sein, weil sie ja immerhin Erfüllung, wenn auch nicht gehörige Erfüllung des Frachtvertrages voraussetzt.[56])

Dem allgemeinen Grundsatze des Art. 284 Abs. 1 entsprechend unterliegt auch die Konventionalstrafe des Frachtführers keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages und kann daher das Doppelte des Interesses übersteigen. Auch ist sie prinzipiell untheilbar, so dass sie selbst bei nur theilweiser Nichterfüllung des Vertrags trotzdem ganz verwirkt ist.[57]) Allein es kann im gegebenen Falle dem Willen der Parteien entsprechen, namentlich wenn die Transportleistung theilbar ist und die Konventionalstrafe im Verluste der Fracht besteht, dass sie bei verspäteter Lieferung bloss eines Theiles des Frachtgutes nur hinsichtlich dieses Theiles verwirkt sein soll.[58])

Die Verabredung einer Konventionalstrafe berührt an sich nicht den Grad und die Voraussetzungen der Haftpflicht des Frachtführers, sondern nur den Umfang seiner Schadenersatzpflicht, da sie ja im Zweifel nur Fixirung des Interesses ist. Kann sich desshalb der Frachtführer wegen der verspäteten Ablieferung überhaupt exkulpiren, so kann auch die Konventionalstrafe nicht von ihm gefordert werden.[59]) Diesen selbstverständlichen Satz spricht, um allen

---

[52]) Art. 398. — Preuss. Entw. Art. 311. Entw. I. Les. Art. 337 Abs. 1. Entw. II. Les. Art. 373 Abs. 1. — Prot. S. 795, 796, 1229, 1230, 4719, 4720, 5096. Monit. 444, 445.

[53]) So nach Regl. § 70 Abs. 3 die Einziehung der ganzen oder halben Fracht.

[54]) Prot. S. 795.

[55]) Prot. S. 4719. Monit. 445.

[56]) A. M. sonderbarer Weise Eger I S. 354, 359.

[57]) L. 9 § 1 D. si quis caut. (2, 11); l. 47 D. de A. E.V. (19, 1). Windscheid § 285 Nr. 2. Prot. S. 1229, 1230.

[58]) Code civ. art. 1231. Prot. a. a. O. Eger I S. 360.

[59]) Preuss. A. L.R. I 5 § 310. Sächs. G.B. § 1434. Code civ. art. 1146—1148,

Zweifel auszuschliessen, der Art. 399 aus und bestimmt: „Beweist der Frachtführer, dass er die Verspätung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können, so kann die bedungene gänzliche oder theilweise Einbehaltung der Fracht oder die Konventionalstrafe wegen verspäteter Ablieferung nicht in Anspruch genommen werden".[60]) Damit ist also gesagt, dass in allen Fällen, wo der Frachtführer frei ist, falls keine Konventionalstrafe verabredet wurde, er auch frei ist, wenn eine solche verabredet wurde. Allein die Bestimmung des Art. 399 ist nur als Präsumtion aufgestellt. Die Parteien können andere Vereinbarungen treffen. Sie können insbesondere bestimmen, dass der Frachtführer trotz der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers die Konventionalstrafe leisten muss, falls er nicht als Grund der Verspätung höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Interessenten nachweist; oder dass die Konventionalstrafe bei Nichteinhaltung der Lieferungszeit schlechtweg ohne Rücksicht auf den Grund der Verzögerung verfallen sein soll. Die letztere Verabredung kommt besonders in zwei Fällen vor. Einmal, wenn eine höhere als die gewöhnliche Fracht als Aequivalent für eine ungewöhnlich kurze Lieferungszeit bedungen worden ist; alsdann muss der Frachtführer das die gewöhnliche Fracht übersteigende Plus bei Nichteinhaltung dieser kurzen Lieferungszeit als Konventionalstrafe restituiren.[61]) Zweitens, wenn die Konventionalstrafe eine Schadensversicherung des Transportinteressenten für den Fall der Transportverzögerung sein soll; in diesem Fall ist mit dem Frachtgeschäft ein Versicherungsvertrag verbunden, und der Frachtführer bedingt sich für die übernommene Gefahr eine Prämie in einem höhern Frachtlohn aus.[62]) Da die Strafsumme hier eine Versicherungssumme, ein absolutes Schadensfixum und nicht das vorläufig fixirte Verzögerungsinteresse ist, so kommt die Präsumtion des Art. 398 nicht zur Anwendung, so dass sich das Risiko des Frachtführers nicht über die Konventionalstrafe hinaus auf den erweislich höheren Schaden erstreckt.[63])

Im Uebrigen sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die Konventionalstrafe massgebend.[64])

1229 al. 1, 1230. Savigny, Obl.R. II S. 280, 281. — In Bezug auf die zum Schutze rechtzeitiger Erfüllung beigefügte Konventionalstrafe a. M. Vangerow § 614 Anm. III 1 S. 339, 340. Windscheid § 285 Not. 10 u. Text dazu.

[60]) Art. 399 ist im Wesentlichen das Hamburger Monit. 445 Abs. 2. Vgl. Entw. I. Les. Art. 337 Abs. 2. Entw. II. Les. Art. 373 Abs. 2. — Prot. S. 801—803, 1230, 4720, 5096, 5097.

[61]) Prot. 4720 Monit. 445.

[62]) Eine Analogie des Fixgeschäfts beim Kauf, wie Endemann § 155 Not. 27 meint, liegt aus verschiedenen Gründen nicht vor. Denn das Fixgeschäft bedarf keiner Konventionalstrafe, und die Wirkungen desselben bestehen nicht lediglich im eventuellen Verfall der Konventionalstrafe.

[63]) Desshalb höchst bedenklich Hahn S. 625 Not. 1 „in allen drei Fällen".

[64]) Vgl. dieses Handbuch II S. 506 Not. 25 u. Text dazu. Eger I S. 358, 359 u. die citt. Entschdd. des R.O.H.G.

IV. Die Transportverpflichtung **beginnt** mit dem Abschluss des Frachtvertrags bezw. bei der gesetzlichen Transportpflicht mit der Uebergabe der Güter zum Transport. Sie wird **beendigt:**

1. Durch Ablieferung des Guts nach Vollendung des Transports oder durch gerichtlich verfügte Niederlegung desselben.[65])

2. Durch Beendigung des Transports vor der Ankunft am Bestimmungsort. Eine solche kann herbeigeführt werden:

a. in Folge Anweisung des Absenders;[66])

b. in Folge Anweisung des Empfängers, wenn der Absender den Frachtführer zu einer erfrühten Ablieferung ermächtigt hat;[67])

c. in Folge unverschuldeter Unmöglichkeit der Vollendung des Transports. Die Unmöglichkeit ist eine unverschuldete, wenn sie durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht hat abgewendet werden können. Doch braucht die Unmöglichkeit keine absolute und perpetuelle zu sein; es genügt, wenn ein Hinderniss von solcher Beschaffenheit und Dauer vorliegt, dass die Erreichung des Tranportzwecks durch spätere Fortsetzung des Transports nicht mehr möglich ist. Wird in dieser Weise der Transport beendigt, so muss der Frachtführer diejenigen Massregeln ergreifen, welche nach dem vernünftigen Ermessen eines ordentlichen Frachtführers die Interessen aller Betheiligten gleichzeitig zu wahren im Stande sind. Womöglich muss er die Instruktionen des Absenders oder Empfängers einholen.[68]) Ausserdem kann er die bei Ablieferungshindernissen eingeräumten Befugnisse ausüben.[69])

3. Durch Wiederaufhebung des Frachtvertrags (mutuus dissensus).

4. Durch einseitigen Rücktritt des Absenders.[70])

5. Durch gerechtfertigten einseitigen Rücktritt des Frachtführers.[71])

6. Durch Unmöglichkeit der Ausführung des Transports.[72])

§ 340.

b. Die Verwahrungspflicht.

I. Der Frachtführer ist zur **Erhaltung** und **Verwahrung** des Frachtguts während der Dauer des Transports verpflichtet. Weil er nach der Natur der Frachtobligation die Erhaltung und Verwahrung als Resultat zu prästiren hat, so drückt das Gesetzbuch diese Verpflichtung in der Weise aus, dass es ihn für das entgegengesetzte Resultat, für Verlust und Beschädigung, verantwortlich

---

65) Art. 403, 407. Vgl. unten § 341.
66) Art. 402.
67) Art. 404 a. E.
68) Arg. Art. 402, 404. Vgl. Regl. § 58 Abs. 2 a. E.
69) Art. 407. Regl. § 61 Abs. 1, 4. R.O.H.G. VIII 77 S. 320, 321. Vgl. u. § 341.
70) S. u. § 345 I 1, 2.
71) S. u. § 345 I 3.
72) S. o. II 2.

erklärt.[1]) Art. 395 [2]) Abs. 1 sagt: „Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder **Beschädigung** des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist". Darnach wird dem Frachtführer die Erhaltung des Guts zwar nicht als ein absolut zu prästirendes Resultat, aber doch immerhin bis zu einem Grade der Verantwortlichkeit auferlegt, dass sie nicht mehr als das Produkt der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers erscheint, sondern als der Erfolg besonderer jenseits dieser Sorgfalt liegender Schutzmassregeln. Desshalb ist die Verwahrungspflicht nicht bloss eine gesetzliche Qualifikation der Transportpflicht, sondern eine **zweite Verpflichtung** neben der Transportverpflichtung mit einem selbständigen Leistungsinhalt. Diese Selbständigkeit unterscheidet sie von der Erhaltungspflicht anderer Obligirter, welche fremde Gegenstände in Gewahrsam haben. Auch diese sind zur Verwahrung der fremden Gegenstände verpflichtet; allein ihre Verwahrungspflicht ist eine unselbständige, sie ist nur eine Qualifikation einer andern obligatorischen Verpflichtung und stuft sich ab nach dem Grade von Sorgfalt, welcher bei Erfüllung dieser Obligation zu beobachten ist. Depositar, Kommodatar und Gesellschafter müssen die fremde Sache zu konserviren suchen, der eine wie ein gewöhnlicher Mensch, der andere wie ein guter Hausvater und der dritte wie seine eigenen Sachen; aber diese Konservirungspflicht besteht nur zu dem Zwecke, dass sie ihrer Restitutionsverbindlichkeit innerhalb der Grenzen ihrer vertragsmässigen Verpflichtung nachkommen können. Und so hat auch der Frachtführer schon als Transportant die Erhaltungspflicht der ihm überlieferten Transportgegenstände, um die aus seiner Transportverpflichtung hervorgehende Restitutionspflicht erfüllen zu können. Allein dieselbe bewegt sich nur innerhalb der Grenzen der Sorgfalt eines ordentlichen Transportanten. Was darüber hinausgeht, erklärt sich nicht mehr aus der Transportverpflichtung des Frachtführers, sondern nur aus einer besonderen Erhaltungs- und Verwahrungspflicht als einem **selbständigen obligatorischen Leistungsinhalte.** Begründet wird diese selbständige Erhaltungs- und Verwahrungspflicht durch den Frachtvertrag bezw. durch die gesetzliche Transportauflage, nicht durch ein besonderes salvum fore recipere, obschon die Uebernahme des Frachtguts auf Grund des Frachtvertrags oder der gesetzlichen Transportverpflichtung ihre Voraussetzung bildet. Diese weitgehende Verwahrungspflicht wurde im Anschluss an das gemeinrechtliche receptum und an die neuern Civil- und Handelsgesetzgebungen[3]) nicht ohne mancherlei Widerspruch zum Schutze der Frachtinteressenten statuirt, die das Gut dem Frachtführer anvertrauen

[1]) Ganz ähnlich dem prätorischen Edikt in L. 1 pr. D. nautae (4, 9).

[2]) Preuss. Entw. Art. 310 u. Mot. dazu S. 171, 172. Entw. I. Les. Art. 335. Entw. II. Les. Art. 371. — Prot. S. 793—795, 1229, 4692—4696, 4703—4708, 4716—4719, 4730, 4731, 5094. Monit. 438—441. — Regl. § 64 Abs. 1.

[3]) Code d. c. art. 103. Span. H.G.B. Art. 208. Wetboek Art. 91. Würtemb. Entw. Art. 111, 112. R.H.G.B. Tit. V Art. 42.

müssen, ohne in der Lage zu sein, das Verfahren desselben überhaupt oder allzeit kontroliren zu können.

II. Der Frachtführer hat die Erhaltung und Verwahrung des Guts als **Resultat** zu prästiren. Darum kann er sich bei Verlust oder Beschädigung desselben niemals durch Berufung auf die Ordnungsmässigkeit der von ihm angewandten Massregeln entschuldigen, weil dieselben nicht Leistungsgegenstand seiner Obligation sind, und er für ihren Erfolg einsteht. Insbesondere kann er sich nicht darauf berufen, dass er seine Transportgehülfen und Transportmittel mit aller möglichen Sorgfalt ausgewählt und beaufsichtigt habe. Desshalb wird aber auch umgekehrt die Frachtobligation nicht schon durch die einzelnen schädigenden Handlungen oder Unterlassungen als solche verletzt, sondern erst durch die dadurch herbeigeführte Vereitelung des Resultats der Konservirung des Frachtguts. Auf der andern Seite steht er jedoch für dieses Resultat nicht schlechtweg ein, sondern nur insofern dessen Herbeiführung überhaupt und durch Anwendung vernünftiger Mittel und Ergreifung verständiger Massregeln möglich ist. Darum hat er für Verlust und Beschädigung nur soweit aufzukommen, als dieselben sich als Folgen seines positiven Thuns oder des Unterlassens von Massregeln und Vorkehrungen darstellen, deren Ergreifung ihm nach vernünftiger Verkehrsanschauung zugemuthet werden kann. Desshalb ist er jedenfalls exkulpirt:

1. **Wenn die Erhaltung des Guts unter den gegebenen Umständen für ihn unmöglich war.** Diese Unmöglichkeit hat er zu beweisen. Und er hat sie erwiesen, wenn er Verlust oder Beschädigung auf ein spezielles äusseres Ereigniss zurückführen kann, dessen Ueberwindung weder in Bezug auf seinen Eintritt noch auf seine schädlichen Wirkungen in seiner Macht lag. Es genügt also nicht schon der Nachweis eines casus, eines von der Willensthätigkeit des Frachtführers und seiner Gehülfen unabhängigen Unfalls, sondern der Unfall muss sich als Ausfluss **höherer Gewalt** (vis major) darstellen. Höhere Gewalt liegt vor,

a. wenn der Unfall **absolut** unabwendbar war, sei es unter allen Umständen, sei es nur nach den vorhandenen **massgebenden** Umständen. Welche der vorhandenen Umstände als massgebende zu erachten sind, ist Thatfrage. Jedenfalls sind als solche diejenigen zu betrachten, unter welchen der Transport nach dem Willen des Absenders zu geschehen hat. Soll z. B. nach dem Willen des Absenders bei grosser Hitze oder bei strenger Kälte oder bei Regenwetter transportirt werden, so sind eben diese Temperaturverhältnisse massgebende Umstände.[4]) Höhere Gewalt liegt aber

b. auch dann vor, wenn der Unfall **relativ** unabwendbar war, d. h. nicht abwendbar durch die nach den Umständen gebotene Vorsicht und durch Vorkehrungen und Massregeln, welche nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in einem vernünftigen Verhältniss zu dem zu erreichenden Sicherungszweck stehen. Der Frachtführer braucht also z. B. nicht mit einer bewaffneten Begleitungsmannschaft auf einer sichern Landstrasse daherzufahren, er

---

[4]) Thöl § 27 Nr. 1, 2, 4, 6 S. 40—42.

braucht nicht das Frachtgut in bombenfesten Räumen unterzubringen u. dgl., obgleich in einem gegebenen Falle der Unfall nur dadurch hätte verhütet werden können.[5])

Gleichgültig ist es, ob die höhere Gewalt durch Naturereignisse (Blitz, Feuer, Sturm, Ueberschwemmung, Bergsturz, Erdbeben u. dgl.), oder durch Menschenhandlungen (Diebstahl, Gewalt, Raub, Krieg, Aufruhr, Plünderung) ausgeübt wurde. Gleichgültig ist es auch, ob der Unfall unmittelbar oder mittelbar auf höhere Gewalt zurückzuführen ist, ob also durch ein äusseres Ereigniss das Frachtgut direkt, oder aber zunächst ein Transportgehülfe oder ein Transportmittel und dadurch erst das Frachtgut verletzt wurde.

Was die Beweisfrage anbelangt, so hat der Kläger bloss die Thatsache des Verlusts oder der Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung desselben darzuthun. Zum Beweise des Verlusts muss er den Quantitätsunterschied und zum Beweise der Beschädigung den Qualitätsunterschied zwischen dem Aufgegebenen und dem Abgelieferten nachweisen. Mit dieser Beweispflicht im Zusammenhange steht die Bestimmung des Reglements, wonach der Empfänger berechtigt ist, bei der Auslieferung von Gütern an ihn deren Nachwägung in seiner Gegenwart auf dem Bahnhof der Ablieferungsstation bezw. einer anderen nahe gelegenen Station, wo die erforderlichen Wägevorrichtungen vorhanden sind, zu verlangen.[6]) Dagegen hat der Frachtführer zu seiner Entschuldigung unter allen Umständen nachzuweisen, dass das Gut von einer höheren Gewalt betroffen worden ist. Die nähern Umstände, welche dem Richter die Ueberzeugung seiner Entschuldbarkeit gewähren, hat er nur dann darzuthun, wenn der betreffende Unfall nicht seiner Natur nach unverschuldet zu sein pflegt. Pflegt er dies zu sein, so muss der Kläger replicando die Verschuldung des Frachtführers nachweisen.[7])

2. Der Frachtführer ist nicht verantwortlich, **wenn Verlust und Beschädigung in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Guts unvermeidlich sind.** Sie sind unvermeidlich, wenn sie auch ohne Transport durch blossen Zeitablauf eingetreten wären; ferner wenn sie eine nothwendige Folge des Transports **überhaupt** wegen der damit nothwendig verbundenen Vorkommnisse, oder wenn sie eine nothwendige Folge der **verabredeten** Art und Weise des Transports sind, z. B. wegen starken Schüttelns, hoher oder niedriger Temperatur u. dgl. Als

---

[5]) Dass der Begriff der höhern Gewalt in diesem relativen Sinne zu verstehen ist, ergibt sich schon daraus, dass in der zweiten Lesung das Wort „unabwendbare" vor dem Passus „höhere Gewalt" gestrichen worden ist, weil die frühere Fassung zu Härten führen würde. Prot. S. 1229. — R.O.H.G. II 58 S. 259, VIII 6 S. 30, 31; 41 S. 159—164, XII 35 S. 107—110. H.A.G. Nürnberg vom 21. Novbr. 1864 in Löhrs C.O.N.F. II S. 65. Oesterr. Ob.Ger. vom 18. Jan. 1870 in der allg. österr. Ger.Ztg. 1870 S. 59. — Goldschmidt in s. Zeitschr. III S. 114—116. Hahn Art. 395 § 10—14 S. 597—601. W. Koch, Eisenbahntransportrecht S. 27. Thöl § 27 Nr. 3 S. 40, 41. Eger I S. 235—252. Wesentlich a. M. Exner, Der Begriff der Höheren Gewalt. Wien, 1883, insb. S. 50 ff.

[6]) Regl. § 59 Abs. 11—13 und dazu Eger II S. 188—192.

[7]) Prot. S. 4699, 4701—4707. R.O.H.G. V 20 S. 91, 92, XX 103 S. 404—409, XXV 79 S. 338. — N. Arch. f. H.R. I S. 348, 349, 363, 364. Goldschmidt i. s. Zeitschr. III S. 87, 88, 116. Eger I S. 215, 216, 231—235, 252, 253.

Beispiele derartiger unvermeidlicher Verluste und Beschädigungen führt Art. 395 an: **den inneren Verderb** (Faulen, Verschimmeln, Gähren, Zersetzen, Gefrieren, Explodiren, Selbstentzünden), **das Schwinden** (Verdunsten, Eintrocknen) und **die gewöhnliche Leckage**, d. h. das Dringen der Flüssigkeit durch die Fugen des Gebindes ohne äussere Beschädigung.[8]) Es gehören aber ferner hierher: **ausserordentliche Zerbrechlichkeit, unvermeidlicher äusserer Verderb**, z. B. Rosten, **unvermeidlicher Abgang** durch Ausstreuen, Verschütten, Auslaufen.[9]) Der Schaden durch die natürliche Beschaffenheit des Guts ist nur ein spezieller Fall der höheren Gewalt. Es machen sich dabei chemische oder physikalische Kräfte geltend, welchen der Frachtführer nicht mit Mitteln begegnen kann, die dem Frachtgewerbe entsprechend sind. Kann er durch entsprechende Vorkehrungen solchen Beschädigungen vorbeugen, so ist er auch dazu verpflichtet, wesshalb er in derartigen Fällen zu seiner Exkulpation beweisen muss, dass er die zur Abwendung geeigneten und ihm als Frachtführer möglichen Vorkehrungen und Massregeln getroffen habe, z. B. durch Bedecken, Trocknen, Lüften, Abkühlen, Bearbeiten, Umladen u. dgl., während er sich in anderen Fällen zu seiner Entschuldigung nur auf die natürliche Beschaffenheit des Guts zu berufen braucht, namentlich wenn der Schaden durch Schwinden und gewöhnliche Leckage entstanden ist und sich innerhalb des usancemässigen Normalsatzes hält.[10]) Dem Kläger bleibt immer die Replik vorbehalten, dass der Schaden überhaupt oder in seinem vorliegenden Umfange nach den Umständen des Falls nicht in der natürlichen Beschaffenheit des Guts seine Ursuche habe.[11])

3. Der Frachtführer haftet nicht für Verlust und Beschädigung, **wenn er nachweist, dass der Absender bezw. Empfänger selbst schuld daran ist.** Dieser selbstverständliche Satz wurde nur für einen speziellen Anwendungsfall, nämlich für den Fall, dass der Schaden durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist, sanktionirt.[12]) Daraus folgt per argumentum a contrario, dass äusserlich erkennbare Mängel der Verpackung keinen Exkulpationsgrund des Frachtführers bilden. Desshalb muss derselbe bei Annahme des Guts dessen Verpackung untersuchen und wenn er einen Mangel der Verpackung durch seine Sinne (Gesicht, Gehör, Geruch, Gefühl) wahrnimmt, den Absender darauf aufmerksam machen, falls nicht dieser von sich aus, z. B. durch eine Klausel

---

[8]) R.O.H.G. VIII 101 S. 410—418. Löhrs C.O.N.F. III S. 368—371. — Aussergewöhnliche Leckage kann nie auf die natürliche Beschaffenheit des Guts, sondern nur auf äussere Beschädigung des Gebindes zurückgeführt werden. Für Schwinden und gewöhnliche Leckage findet sich mitunter eine durch die Erfahrung gebildete ortsübliche Feststellung, ausgedrückt in Prozenten des Gewichtes oder Masses, die dann im gegebenen Falle ohne Weiteres passirt. Vgl. Regl. § 67 Z. 8.

[9]) Vgl. Regl. § 67 Z. 1.

[10]) Hahn Art. 395 § 6, 18 S. 595, 606, 607. Thöl § 27 Nr. 5 S. 42. Eger I S. 253—257.

[11]) Vgl. Regl. § 67 Z. 8 Abs. 2.

[12]) Der bei der III. Les. zu Art. 371 gestellte Antrag auf Einschaltung der Worte: „oder durch die eigene Schuld oder Mitschuld des Absenders oder solcher Personen, für welche der Absender zu haften hat", wurde wegen seiner Selbstverständlichkeit abgelehnt. Prot. 4698, 4704.

im Frachtbriefe („Verpackung auf Gefahr des Absenders") erklärt hat, dass er den Mangel der Verpackung kenne. Sonst gelten die Waaren als äusserlich wohl verpackt, und der Frachtführer kann einen etwa eingetretenen Schaden nicht auf mangelhafte Verpackung und damit auf eigenes Verschulden des Absenders zurückführen.[13]) Besteht der Absender wissentlich auf dem Transport der mangelhaft verpackten Waaren, so kann der Frachtführer sich durch besondere in den Frachtbrief aufgenommene Klauseln gegen die daraus hervorgehende Steigerung seiner Verantwortlichkeit sichern (z. B. „Verpackung auf Gefahr des Absenders", „Verpackung auf meine Gefahr")[14]). Thut er es aber nicht und nimmt trotzdem an, so ist er nunmehr auch zu den Schutzmassregeln verpflichtet, welche die mangelhafte Verpackung erfordert, und er ist wegen einer etwaigen Beschädigung nur dann entschuldigt, wenn er nachweisen kann, dass der Schaden trotz dieser Schutzmassregeln entstanden ist. Treten die Mängel der Verpackung erst während der Reise ein oder hervor, so hat der Frachtführer dagegen die entsprechenden möglichen Vorkehrungen zu treffen, und so kann er auch auf Kosten des Absenders bezw. Empfängers diese Mängel beseitigen.[15])

Der Begriff der mangelhaften Verpackung ist ein relativer, abhängig von der Beschaffenheit der Güter, der Art der Transportmittel, der Dauer des Transports, der Jahreszeit u. dgl.

Was den Beweis anbelangt, so ist zu unterscheiden. Beruft sich der Frachtführer auf äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung, so hat er einmal diese Mängel nachzuweisen und sodann, dass der Schaden unmittelbar oder mittelbar (durch Hinzukommen anderweitiger Zufälle) auf diese Mängel zurückgeführt werden könne. Diese Einrede kann der Kläger durch die Replik elidiren, dass der Schaden ohne Verschulden des Frachtführers oder seiner Leute oder ohne Mangelhaftigkeit seiner Transportmittel nicht eingetreten wäre.[16]) Beruft sich aber der Frachtführer auf äusserlich erkennbare Mängel der Verpackung, so muss er nachweisen, dass er den Absender darauf aufmerksam gemacht, dass dieser trotzdem auf dem Transport bestanden, dass der vorliegende Schaden aus jenen Mängeln hervorgegangen, und dass entweder der Absender auf den Ersatz solchen Schadens verzichtet, oder aber dass er, der Frachtführer, den Schaden durch entsprechende Vorkehrungen nicht habe abwenden können.[17])

[13]) Nur die Post haftet auch bei äusserlich erkennbaren Mängeln der Verpackung nicht. Postges. § 6. Postordnung (P.O.) § 23. — Regl. § 25 S. 3 ist ungiltig. Thöl S. 111. H.R. Erörter. S. 11. Hahn Art. 423 § 10 S. 721. A. M. Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 611, 612. S. u. § 355.

[14]) Schon die ausdrückliche Konstatirung des Mangels auf dem Frachtbriefe Seitens des Absenders darf als eine solche Verzichtsklausel angesehen werden. Vgl. Art. 424 Abs. 1 Z. 2. Regl. § 47 Abs. 1, 2, § 67 Z. 3.

[15]) P.O. § 8 VI.

[16]) Vgl. die bei Eger I S. 620 citt. Urtheile des R.O.H.G. v. 16. Mai u. 12. Sept. 1876 und des O.A.G. Dresden vom 27. März 1872, letzteres auch in Goldschmidts Zeitschr. X S. 144.

[17]) Hahn Art. 395 § 7, § 20 S. 595, 607, 608. Thöl § 27 Nr. 6 S. 42. Eger I S. 257—263.

Ein Fall von Selbstverschuldung des Absenders bezw. des Empfängers liegt auch dann vor, wenn nach einem eingetretenen Nothfalle der Absender bezw. Empfänger den Frachtführer an der Ergreifung selbständiger Sicherheitsmassregeln hindert.[18]) Dagegen wird die Verantwortlichkeit des Frachtführers dadurch nicht alterirt, dass der Absender die Abladung durch seine Leute bewirkt und die Fuhre begleiten lässt.[19]) Ein fernerer Fall der Selbstverschuldung des Absenders bezw. Empfängers liegt vor, wenn der Schaden dadurch entstanden ist, dass der Frachtführer bestimmten Anordnungen derselben Folge geleistet hat;[20]) ferner wenn der Frachtführer wegen Annahmeverweigerung des Empfängers in befugter Weise das Frachtgut veräussert hat.[21])

4. **„Für Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere haftet der Frachtführer nur dann, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Guts angegeben ist".**[22]) Dieser Satz ist ein Postulat von Treu und Glauben, welche verlangen, dass, wenn das Gut einen im Verhältniss zu seinem Umfang oder Gewicht besonders hohen Werth hat, dies dem Frachtführer angezeigt werde, damit er entweder den Transport von sich ablehnen oder sich durch entsprechende grössere Vorsichtsmassregeln gegen unverhältnissmässigen Nachtheil schützen kann.[23]) Im Einzelnen:

a. Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere sind limitativ und nicht exemplifikativ aufgeführt; auf andere Werthsachen bezieht sich Art. 395 Abs. 2 nicht. Unter **„Kostbarkeit"** versteht man eine Sache, deren Werth im Verhältniss zu ihrem Umfang oder Gewicht besonders hoch ist, sei es wegen ihres Materials (Edelmetall, Juwelen, Edelsteine, Perlen u. dgl.), sei es wegen ihrer Form (Kunstwerke), sei es aus anderen Gründen, z. B. wegen ihres hohen Alters (Antiken), ihrer Seltenheit (Handschriften, Autographen) u. dgl. Im Einzelfalle entscheidet über die Eigenschaft der Kostbarkeit das richterliche Ermessen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauungen. Unter **„Gelder"** sind alle Arten von gangbaren Münzen zu subsumiren, einerlei ob sie inländische oder ausländische, ob sie von Gold, Silber oder einem andern Metall sind. Unter **„Werthpapieren"**[24]) sind hier nach der ratio legis alle verbrieften Forderungen und Aktien zu verstehen, also nicht nur solche Papiere, denen ein Werth in der Weise inkorporirt ist, dass mit dem Verlust des Papiers auch der auf ihnen verzeichnete Werth, sei es absolut sei es vorbehaltlich eines Amortisationsverfahrens verloren ist, sondern auch andere Papiere, von deren Besitz die Wahrung eines Vermögens-

---

[18]) R.O.H.G. VII 35 S. 107—110.

[19]) R.O.H.G. XII 63 S. 199—201.

[20]) H.A.G. Nürnberg vom 12. Mai 1871 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 569—572.

[21]) R.O.H.G. XI 97 S. 293.

[22]) Art. 395 Abs. 2. Diese Bestimmung ist eine Nachbildung des Art. 608 und erst in III. Les. eingeschaltet worden. Prot. S. 4717—4719; vgl. S. 2261, 2289, 2301.

[23]) Regl. § 48 B. Z. 2, 3. Vgl. R.G. I 36 S. 84, 85.

[24]) „Papiergeld, geldwerthe Papiere, Dokumente" Regl. § 48 B. Z. 2.

werthes abhängt, wie z. B. gewöhnliche Schuldbriefe, Kaufbriefe u. dgl., sollten dieselben auch nur Beweispapiere sein.[25])

b. Es genügt zur Verantwortlichkeit nach Art. 395, wenn alternativ entweder die **Beschaffenheit des Guts** als Kostbarkeit, Geld oder Werthpapier **im Allgemeinen** bezeichnet, oder aber wenn dessen **Werth in Geld** angegeben ist. Eine Verbindung beider Angaben ist nicht nothwendig; ebenso wenig eine speziellere gattungsmässige Bezeichnung der Kostbarkeit. Doch kann der allgemeine Begriff Kostbarkeit durch den speziellen Gattungsnamen des Guts ersetzt werden, nur ist in diesem Falle eine nähere Bezeichnung bezw. eine Werthangabe nothwendig, wenn nicht jede der betreffenden Gattung angehörende Sache an sich unter den Begriff der Kostbarkeit fällt.[26]) In welcher Weise die Deklaration gemacht wird, bleibt sich gleich; es ist nicht nothwendig, dass sie gerade im Frachtbrief gemacht wird, ja nicht einmal, dass sie schriftlich gemacht wird; sie kann auch mündlich geschehen.[27]) Ebenso ist es gleichgültig, **wann** sie gemacht wird, ob vor oder nach der Uebergabe des Guts, ob vor oder nach Beginn der Reise, wenn sie nur zu einer Zeit gemacht wird, wo noch der Frachtführer entweder das Gut zurückgeben oder die geeigneten Verwahrungsmassregeln treffen kann.[28])

c. Hat **gar keine** Deklaration stattgefunden, so ist der Frachtführer von jeder Schadenersatzpflicht nach Art. 395 frei. Er haftet auch nicht einmal auf den Werth gewöhnlicher Handelsgüter oder den reglementarischen Normalsatz, weil die Annahme gerechtfertigt ist, dass er bei erfolgter Deklaration durch Ergreifung besonderer Vorsichtsmassregeln den Verlust bezw. die Beschädigung abgewendet hätte. Es wird mit anderen Worten die Unterlassung der Deklaration als Nachlässigkeit des Absenders angesehen und die Culpa des Frachtführers kompensirt durch die Culpa des Absenders.[29]) Und weil der Frachtführer im Falle unterlassener Deklaration überhaupt nicht frachtmässig haftet, desshalb kann er auch nicht wegen böswilliger Handlungsweise nach Art. 396 Abs. 5 verantwortlich gemacht werden. Nur insoweit dolus oder culpa ein selbständiges Klagefundament bilden, ist er auch bei unterlassener Deklaration haftbar.[30]) Eine **unrichtige** Deklaration wirkt zum Vortheil, aber nicht zum Nachtheil des Frachtführers, insofern als bei Deklaration einer Kostbarkeit als Nicht-Kostbarkeit nur die Deklaration, dagegen bei Deklaration einer Nicht-Kostbarkeit als Kostbarkeit nur deren wirkliche Beschaffenheit bezw. Werth für seine Verpflichtungen massgebend ist.[31])

---

[25]) Goldschmidt I S. 550—552. Theilweise a. M. Hahn Art. 395 § 22 und Art. 271 § 7. Eger I S. 267.

[26]) R.G. VII 40 S. 126 „Bijouterien." Hahn Art. 395 § 23 S. 609. Eger I S. 268.

[27]) Anders P.O. § 7 I.

[28]) Prot. S. 4718. Hahn a. a. O. Eger I S. 268 u. 269. Die Bestimmung des Art. 608, dass die Werthangabe bei der Abladung erfolgen muss, erklärt sich aus der Besonderheit des Seetransports.

[29]) Vgl. Demelius in Jherings Jahrbb. V S. 75—79.

[30]) R.O.H.G. VIII 67 S. 271—273. Anschütz Art. 395 S. 435 Nr. 9. Eger I S. 265, 266, 327.

[31]) Vgl. P.G. § 8. Regl. § 68 Abs. 1 Z. 3 u. 4.

5. Der Frachtführer kann sich schliesslich durch den Nachweis exkulpiren, **dass der Schaden auch bei pflichtmässigem Handeln seinerseits eingetreten wäre**, weil zwischen einem solchen Schaden und der Pflichtwidrigkeit des Frachtführers kein Kausalnexus besteht.[32])

III. Die Verwahrungspflicht des Frachtführers wird durch jeden unentschuldbaren Verlust und jede unentschuldbare Beschädigung des Frachtguts verletzt.

1. Der Begriff des **Verlustes** ist gegeben, wenn der Frachtführer ausser Stande ist, seiner Aushändigungspflicht gegenüber dem vom Absender entweder von vornherein oder später bezeichneten Empfänger nachzukommen, weil er das Gut nicht in seiner Dispositionsgewalt hat, gleichgültig aus welchem Grunde, ob freiwillig oder unfreiwillig und im erstern Falle ob in berechtigter oder unberechtigter Weise, also z. B. weil das Gut vernichtet, spezifizirt, konfiszirt, verloren, entwendet, verwechselt, vertauscht, falsch dirigirt, an den unrichtigen Adressaten ausgeliefert, in unerlaubter Weise während des Transports oder trotz erhaltener Kontreordre an den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger ausgehändigt, veräussert, derelinquirt ist u. s. w.[33]) Begründet ist der Verlustanspruch mit Beendigung der bestimmten Reise durch Ankunft des Frachtführers am Bestimmungsort, bezw. mit Ablauf der Lieferungszeit, falls die bestimmte Reise nicht vollendet wird oder es auf gar keine bestimmte Reise ankommt. Wenn demnach der Transportinteressent auch an und für sich den Verlustanspruch geltend machen kann, sobald der Frachtführer nach Beendigung der Reise bezw. nach Ablauf der Lieferungszeit das Frachtgut nicht auszuhändigen vermag, so kann er doch durch den Nachweis zurückgewiesen werden, dass der Frachtführer trotzdem die Verfügung über das Frachtgut habe, z. B. weil es noch rückständig sei oder weil es eine dritte Person aus irgend einem Grunde für ihn detinire.[34]) Dagegen braucht sich der Transportinteressent durch vage Behauptungen und unbestimmte Aussichten, dass das Gut sich vielleicht innerhalb einer kürzeren oder längeren Frist wieder vorfinden könnte, nicht hinhalten zu lassen. Die gegentheilige Bestimmung des Reglements, wonach gewöhnliches Frachtgut erst 4 Wochen nach Ablauf der Lieferungszeit und Reisegepäck erst nach Ablauf von 3 Tagen seit der Ankunft des betreffenden Zuges als in Verlust gerathen zu betrachten sei, ist ungültig, da sie gegen Art. 423 verstösst.[35])

Der Verlust kann sowohl ein **gänzlicher** (Totalverlust) als auch ein **theilweiser** (Partialverlust, Minderung, Manco) sein. Doch setzt die Annahme eines Partialverlustes voraus, dass die verlorenen Gegenstände nicht mit den geretteten

---

[32]) R.O.H.G. II 81 S. 358, 359. — L. 27 § 2 D. de R.V. (6, 1); l. 10 § 1 D. de lege Rhod. (14, 2); l. 7 § 4 D. quod vi aut clam (43, 24); l. 45 D. de O. et A. (44, 7). Windscheid § 258 Not. 15.

[33]) R.O.H.G. IV 3 S. 14, VIII 77 S. 325, 331, 332, XV 12 S. 30.

[34]) R.O.H.G. VII 12 S. 55, 56.

[35]) Regl. § 64 Abs. 4 S. 1, § 30 Abs. 1. Thöl S. 205, 253 u. H.R. Erörterungen S. 18, 19. A. M. Eger I S. 275—277, 283, II S. 184. Goldschmidt in s. Zeitschr. XXVI S. 612 Nr. 5. Hahn Art. 423 § 6, 7 S. 719, 720.

in einer inneren Werthverbindung stehen in der Art, dass durch den Verlust der erstern der Werth der letztern herabgemindert wird; sonst liegt Beschädigung der ganzen Sendung vor. Die Verbindung beider muss also eine lediglich äussere sein. Worauf die innere Werthverbindung beruht, ist für den Begriff der Beschädigung gleichgültig. Sie kann auf der ökonomischen oder technischen Zusammengehörigkeit der verschiedenen Gegenstände beruhen, sie kann aber auch durch Deklaration einer Gesammtwerthsumme für eine aus mehreren Colli bestehende Sendung begründet werden.[36])

2. Unter **Beschädigung** ist jede qualitative Werthverminderung, jede äussere oder innere Verschlechterung des Frachtgutes zu verstehen.[37]) Dagegen gehört der blosse Werthverlust durch einfaches Sinken des Tauschwerthes ohne Verletzung der körperlichen Integrität nicht hierher, sondern in die Lehre der Verantwortlichkeit wegen Transportverzögerung.[38]) Liegt eine innere Werthverbindung mehrerer zu einer Sendung vereinigter Gegenstände vor, so involvirt die Beschädigung auch nur eines einzelnen Gegenstandes für sich allein gleichzeitig auch eine Beschädigung der ganzen Sendung und in Folge davon eine Werthverminderung der körperlich intakt gebliebenen Gegenstände.[39])

IV. Die Verwahrungspflicht des Art. 395 **beginnt** mit der Empfangnahme des Frachtguts seitens des Frachtführers zum Zwecke der Ausführung des Transports. Die Empfangnahme wird regelmässig dem Vertragsschlusse nachfolgen, und hat der Frachtbrief ein Datum, so gilt dasselbe bis zum Beweise des Gegentheils als Tag der Empfangnahme. Doch kann sie dem Vertrage auch vorausgehen, z. B. wenn das Gut gegen einen Auflieferungsschein übergeben wird. Eisenbahnen übernehmen die ihnen zugeführten Güter, wenn auch in depositum, doch nicht eher in receptum, als bis durch Aufdrückung des Expeditionsstempels der Frachtvertrag abgeschlossen ist.[40]) Desshalb fällt beim Eisenbahntransport Abschluss des Frachtvertrags und receptum präsumtiv stets zusammen.[41]) Doch kann diese Präsumtion durch den Gegenbeweis gebrochen werden, dass die Uebergabe des Guts erst nach der Aufdrückung des Stempels stattgehabt habe.[42]) Weil das Receptum von der Aufdrückung des Expeditionsstempels datirt, darum ist auf Verlangen des Absenders dieselbe in seiner Gegenwart vorzunehmen.[43]) Dass das aufgelieferte Gut auch verladen sei, ist für den Beginn der Receptshaftung selbst nicht beim Eisenbahntransport erforderlich.

---

[36]) Vgl. R.O.H.G. XV 103 S. 372—375, XVI 14 S. 44. A.G. Köln vom 23. April 1873 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 616, 617. Thöl S. 36, 37. Eger I. S. 304.

[37]) R.O.H.G. IX 83 S. 278.

[38]) Irrig R.O.H.G. XX 87 S. 347, 348. Eger I S. 212.

[39]) R.O.H.G. XV 103 S. 374, 375.

[40]) Regl. § 55, 64 Abs. 2. Eger I S. 273, 274, II S. 155, 205.

[41]) Regl. § 49. R.O.H.G. IX 121, S. 440. — Darum ist die Fassung des Regl. § 64 Abs. 1. „Die Eisenbahn haftet . . . . für den Schaden, welcher seit dem Abschluss des Frachtvertrags . . . entstanden ist" ganz korrekt und der Fassung des Art. 395 Abs. 1 „seit der Empfangnahme" ganz entsprechend.

[42]) Vgl. R.O.H.G. IX 89 S. 302. Eger I S. 271, 272.

[43]) Regl. § 50 Z. 2 Abs. 3.

Besorgt der Absender selbst die Verladung, und nimmt dieselbe eine längere Zeit in Anspruch, so ist es quaestio facti, ob das Receptum erst mit der Vollendung der Verladung oder hinsichtlich der bereits verladenen Güter schon früher stattfindet. In der Regel wird darüber der Gewahrsam entscheiden. Im Eisenbahnverkehr ist bei Auflieferung grösserer Quantitäten zu distinguiren. Wird die ganze Quantität auf Einen Frachtbrief hin transportirt, so erfolgt die Abstempelung und damit der Beginn der Receptshaftung erst nach der vollständigen Auflieferung. Wird sie dagegen auf mehrere Frachtbriefe hin transportirt, so wird nach der bezüglichen theilweisen Auflieferung auch der entsprechende Frachtbrief abgestempelt, und damit die Receptshaftung für den aufgelieferten Theil begründet.[44])

Gleichgültig für den Begriff der Empfangnahme ist es, ob der Absender dem Frachtführer das Gut förmlich tradirt oder ob er es ihn von einem bestimmten Orte selbst entnehmen lässt. Es genügt, dass sich der Absender seines Gewahrsams am Gute mit Einwilligung des Frachtführers zum Zwecke des Transportes entledigt.[45])

V. Die Verwahrungspflicht des Frachtführers **endigt**

1. mit der **Ablieferung.** Dieselbe hat stattgefunden, sobald das Gut am Bestimmungsort mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Empfängers aus dem Gewahrsam des Frachtführers heraus und in den Gewahrsam des Empfängers oder eines anderen für denselben eingetreten ist. Einer reellen Tradition bedarf es dazu nicht; es genügt die Einräumung der thatsächlichen Verfügungsgewalt. Und daher kann auch eine Ablieferung stattfinden durch blosse Uebereinkunft der Parteien dahin, dass fernerhin das Frachtgut als einfaches Depositum beim Frachtführer verbleiben soll. Dagegen die blosse Benachrichtigung des Empfängers von der Ankunft und Bereitstellung des Frachtguts nebst Aufforderung dasselbe abzuholen, genügt nicht; ebensowenig die Auslieferung des Frachtbriefs gegen Zahlung der Fracht.[46])

Wann an einen Dritten statt des Empfängers abgeliefert werden kann, ist Thatfrage. Die Legitimation dazu kann auf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung des Empfängers, sie kann aber auch auf öffentlichen Einrichtungen beruhen. Und so steht die Ablieferung an Zoll- und Revisionsschuppen nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort der Ablieferung an den

---

[44]) Vgl. Regl. § 49 S. 2. Eger I S. 62 und das S. 213 abgedr. U. des H.A.G. Nürnberg vom 22. Juli 1868.

[45]) O.Trib. Berlin vom 18. März 1869 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 567, 568. Eger II S. 155, 156. Unverständlich ist die Behauptung dieses Schriftstellers S. 158, dass der Frachtführer in Folge Annahmeverzugs ex recepto haftpflichtig werde, während der Absender vom Momente des Verzugs an das Gut nur an Stelle des Frachtführers ex deposito inne habe (!!).

[46]) R.O.H.G. II 58 S. 252, 253, III 82 S. 392, VI 34 S. 167, VIII 5 S. 25, 26; 6 S. 29, XIV 95 S. 294, 295. — V. d. Leyen in Goldschmidts Zeitschr. XVI S. 86—113, insbes. S. 89, 96. Eger I S. 221—225.

Empfänger gleich.[47]) Allein eine solche Ablieferung verlangt nicht bloss Abgabe des Guts in diese Räume, sondern gleichzeitig auch die Anzeige von der Ankunft desselben und die Zustellung der erforderlichen Papiere an den Empfänger, damit dieser in den Stand gesetzt ist, über das Gut zu verfügen und die weitere Obsorge für dasselbe zu übernehmen.[48]) Diese Abgabe an die Zollbehörde mit Anzeige an den Empfänger steht der wirklichen Ablieferung an den letzteren desshalb gleich, weil sie juristisch enthält die Ablieferung des Guts an den Empfänger und die Abgabe desselben seitens des Empfängers an die Zollbehörde; statt dass die Eisenbahn **zuerst** die Anzeige an den Empfänger macht und dieser dann das Gut in das Zollgebäude schafft, was er unter allen Umständen muss, schafft die Bahn das Gut dahin unter **gleichzeitiger** Anzeige an den Empfänger.[49]) Doch steht der Ablieferung an den Empfänger nur diejenige Aushändigung an Zollmagazine und Revisionsschuppen gleich, welche an die Zoll- und Steuerstellen des **Ablieferungsortes** erfolgt ist.[50]) Wenn jedoch **während des Transports** der Frachtführer die Güter zeitweise an die Zoll- oder Steuerbehörde abgeliefert hat, so wird dadurch seine Verantwortlichkeit nicht ohne Weiteres und absolut ausgeschlossen. Er bleibt immer so weit haftbar, als er Verlust oder Beschädigung durch die ihm während der Lagerung des Gutes in den Zollräumlichkeiten möglichen Sicherungsmassregeln hätte abwenden können.[51])

Liefert der Frachtführer **vor** seiner Ankunft am Bestimmungsort das Gut an den **Empfänger** ab, so ist er zwar diesem gegenüber von jeder weiteren Verwahrungspflicht frei, aber nicht gegenüber dem Absender. Liefert er **nach** Ankunft am Bestimmungsort und **nach** Aushändigung des Frachtbriefs an den Empfänger das Gut nicht an diesen, sondern an den **Absender** oder an eine andere von **diesem** bezeichnete Person ab, so ist er immer noch dem Empfänger verantwortlich. Dagegen ist er schlechtweg liberirt, wenn er vor Aushändigung des Frachtbriefs an den Empfänger das Gut an den Absender oder eine von diesem bezeichnete dritte Person zurückgibt bezw. abliefert.[52])

2. Die strenge Verwahrungspflicht des Frachtführers endigt ohne Ablieferung in Folge eines eingetretenen **Ablieferungshindernisses.** Vom Momente des Ablieferungshindernisses insbesondere des Verzugs an erlischt die Receptshaftung; doch bleibt der Frachtführer dem Absender gegenüber immer noch für die Sorgfalt

---

[47]) Regl. § 64 Abs. 3; dazu Eger I S. 274, 275.

[48]) R.O.H.G. II 58 S. 254, 255, VIII 6 S. 26—29. Hahn Art. 395 § 16 S. 605, 606. — A. M. Thöl S. 144, 145, welcher Regl. § 64 Abs. 3 für unzulässig hält.

[49]) Auch lässt sich der Fall als Ablieferungshinderniss konstruiren, da hier Güter vorliegen, „deren Abgabe nicht thunlich geworden"; denn dieselben können weder dem Adressaten zugeführt noch von ihm abgeholt werden. Regl. § 59 Abs. 8 S. 1, § 61 Abs. 1 S. 2.

[50]) R.O.H.G. XIV 1 S. 1, 2.

[51]) Das entgegengesetzte badische Monit. 456: „Die Haftbarkeit des Frachtführers für Verlust und Schaden wird durch Ablieferung der Güter an die Zoll- oder Steuerbehörde unterbrochen und tritt erst wieder mit der neuen Empfangnahme ein", wurde verworfen. Prot. 4730, 4731.

[52]) Art. 402.

eines ordentlichen Frachtführers verantwortlich, während er dem in Verzug gesetzten Empfänger gegenüber nur für grobe Nachlässigkeit einsteht. Dagegen erlischt jede Verwahrungspflicht, sobald das Gut ordnungsmässig in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Spediteur oder bei einem sonstigen Dritten für Rechnung und Gefahr dessen, den es angeht, niedergelegt ist.[53]) Macht er von seiner Depositionsbefugniss keinen Gebrauch, so haftet er dem Absender mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers so lange, als er ihn nicht aufgefordert hat, über das Gut zu verfügen. Nachher haftet er auch ihm gegenüber nur mehr für grobe Nachlässigkeit. Dieselben Haftungsprinzipien gelten, wenn die Eisenbahn von der ihr reglementsmässig zustehenden Befugniss Gebrauch gemacht und das Gut bei sich selbst eingelagert hat.[54])

VI. Der Frachtführer ist für jede Verletzung der Verwahrungspflicht durch unentschuldbaren Verlust oder unentschuldbare Entschädigung **schadenersatzpflichtig.** Der Ersatzanspruch steht dem Empfänger bezw. Absender zu und hat folgende Eigenthümlichkeiten:

1. Er steht dem Empfänger bezw. Absender **als solchem** zu. In welchem Rechtsverhältniss diese Personen zum Gute stehen, ob sie Eigenthümer, Spediteure u. s. w. sind, geht den Frachtführer nichts an.[55])

2. Der Anspruch geht stets auf **Geld;** niemals kann der Kläger Ersatz des verlorenen oder beschädigten Guts in **Natur** verlangen.[56]) Umgekehrt kann aber auch der Frachtführer niemals Ersatz in Natur leisten.[57])

3. Weil es bei der Verantwortlichkeit des Frachtführers nach Art. 395 nicht auf den Nachweis der Verschuldung desselben ankommt, vielmehr dieselbe immer dann eintritt, wenn er seine Unschuld oder die Schuld des Absenders bezw. Empfängers nicht darthun kann, so soll zur Milderung dieser strengen Haftung der Berechnung des Schadens prinzipiell **nur der gemeine Werth der**

---

[53]) Art. 407 Abs. 4, 5. Regl. § 61 Abs. 1, § 64 Abs. 3. S. u. § 341 II. — Ein in III. Les. zu Art. 371 (jetzt 395) beantragter Zusatz: „Wenn der bezeichnete Empfänger des Guts sich mit der Abholung oder Annahme desselben in Verzug befindet oder nicht auszumitteln ist, so hat der Frachtführer nicht länger nach den Bestimmungen über den Frachtvertrag zu haften", wurde abgelehnt. Prot. S. 4699, 4707, 4708.

[54]) Regl. § 61 Abs. 1 S. 1, § 28 Abs. 2 a. E., § 36, 41 Abs. 2 S. 2, § 42 Abs. 4, § 43 Abs. 3 S. 2, 3. — L. 5, 17 D. de per. et comm. (18, 6); l. 9 D. sol. matr. (24, 3). Windscheid § 346 Nr. 1. — R.O.H.G. XI 97 S. 295. Nach einer Mittheilung in Heusers Ann. XXV 157 S. 483 habe das R.G. I. Civ.Sen. durch Urtheil vom 18. Sept. 1880 entschieden, dass die Haftung des Art. 395 durch Annahmeverzug des Destinatärs nicht ausgeschlossen sei (!?). — Vgl. über den Verzug noch Endemann S. 729. Eger I S. 228—231, II S. 153, 154, 417, 441, 442 und die von ihm citt. Urtheile.

[55]) R.O.H.G. II 81 S. 356.

[56]) Eger I S. 283 und die dort citt. U. — Wenn das Frachtgeschäft locatio conductio irregularis ist, so wäre Schadenersatzleistung in natura so lange denkbar, als noch Güter überhaupt bezw. in unbeschädigtem Zustande vorhanden sind; allein in einem solchen Falle kann und wird der Kläger nicht auf Schadenersatz, sondern aus Art. 405 auf Auslieferung der ihm gebührenden Quantität klagen. Vgl. L. 31 D. locati (19, 2). Fr. Mommsen, Beiträge I S. 285 Not. 27.

[57]) Gad, Haftpflicht der deutsch. Postanstalten S. 70.

Sache und nichts Weiteres zu Grunde gelegt werden. Bloss im Falle böslicher Handlungsweise des Frachtführers ist der volle Schaden, das Interesse, zu ersetzen.[58] Die Schadensberechnung findet also in Abweichung vom Prinzipe des Art. 283 regelmässig lediglich nach objektiven Gesichtspunkten statt, und die subjektiven individuellen Verhältnisse des Klägers erfahren keine Berücksichtigung. Desshalb kommt nicht in Betracht:

a. der **Affektionswerth;**

b. der **entgangene Gewinn,** insoweit derselbe nicht im gemeinen Werthe des Ablieferungsortes steckt;

c. der **indirekte Schaden** des Empfängers oder Absenders, insbesondere durch Verwirkung von Konventionalstrafen.[59]

Der **gemeine** Werth ist der Werth, den das Gut für jedermann (abgesehen von der Person des Klägers) hat. Hat das Gut einen Markt, so bestimmt sich der gemeine Werth durch den **gemeinen Handelswerth** oder **Marktpreis** des Guts.[60] Massgebend ist der gemeine Werth des **Orts** der **Ablieferung,** nicht des Orts der Absendung und nicht des Orts des Verlusts bezw. der Beschädigung. Massgebend ist der gemeine Werth des Orts der Ablieferung **zur Zeit der Ablieferung,** nicht zur Zeit der Absendung und nicht zur Zeit des Verlusts bezw. der Beschädigung.[61] Der gemeine Werth wurde desshalb adoptirt, weil er dem Preis entspricht, um welchen der Beschädigte Waaren gleicher Qualität sich verschaffen und dadurch seinen Bedarf decken kann. Darum ist der Engrospreis massgebend, wenn die Quantität eine so grosse war, dass sie von einem Grosshändler um jenen Preis bezogen werden konnte; andernfalls der Detailpreis.[62] Im Weiteren ist zu unterscheiden:

a. Liegt **Totalverlust** vor, so kann der Kläger den gemeinen Werth des Guts ersetzt verlangen, welchen dasselbe am Ablieferungsorte zu der Zeit hatte, **wo das Gut hätte abgeliefert werden sollen,** unter Abzug der in der Folge des Verlusts ersparten Zölle und Unkosten. Letztere sind desshalb abzuziehen, weil sie in dem gemeinen Werth des Guts am Ablieferungsort neben dem Einkaufspreis mit enthalten sind. Wird in Folge des Verlustes Fracht erspart, so wird auch dieser ersparte Betrag abgezogen als Ersparniss an Unkosten; aber auch im gegentheiligen Falle darf der ersatzpflichtige Frachtführer stets die noch nicht bezahlte volle Fracht bis zum Bestimmungsort in Abzug bringen, weil diese

---

[58]) Art. 396. Prot. S. 4708—4716, 5094—5096, 5112—5115, 5123 und Monit. 442. Art. 396 kam erst in III. Les. in Folge des badisch. Monit. 442 in Aufnahme. Seine Bestimmungen wurden aus inneren Gründen, aus der gangbaren Auffassung des Verkehrs und aus dem praktischen Bedürfnisse gerechtfertigt. Vgl. Art. 612—614.

[59]) Vgl. R.O.H.G. XIII 127 S. 394—396.

[60]) Art. 396 Abs. 1, 4; vgl. Art. 612 Abs. 1, 2. Prot. S. 5099. — Goldschmidt II S. 99—103. Eger I S. 284—287.

[61]) Der Antrag Badens (Monit. 442), Ort und Zeit der Aufgabe für die Bestimmung des gemeinen Werths massgebend sein zu lassen, wurde reprobirt. Prot. S. 4709—4715. Eger I S. 294—298, 305—307.

[62]) Hahn Art. 396 § 3 S. 611, 612. Eger I S. 289.

volle Fracht ein Element des von ihm zu ersetzenden gemeinen Werths der verlorenen Sache bildet.[63])

b. Liegt **Partialverlust** vor, so findet dieselbe Schadensberechnung statt, wie bei Totalverlust. Massgebend ist der gemeine Werth zur Zeit der Ablieferung des Geretteten, wenn dieselbe eine rechtzeitige ist; dagegen kommt der gemeine Werth zur Zeit, wo hätte abgeliefert werden sollen, in Betracht, wenn die Ablieferung des Geretteten eine verspätete ist.[64])

c. Liegt **Beschädigung** vor, so hat der Frachtführer die Differenz zu zahlen zwischen dem Verkaufswerthe des beschädigten Guts und dem gemeinen Werth des unbeschädigten Guts am Ort und zur Zeit der Ablieferung.[65]) Ist das beschädigte Gut ganz werthlos, so steht die Beschädigung dem Verluste gleich. War aber die Ablieferung eine verspätete und ist der Frachtführer dafür verantwortlich, so kann der **höhere** gemeine Werth der bedungenen oder üblichen bezw. gesetzlichen Ablieferungszeit der Differenzberechnung zu Grunde gelegt werden, so dass der Beschädigte eine grössere Differenz erhält.[66]) Abgezogen wird von der einen und anderen Differenz, was in Folge der Beschädigung an Zöllen und Unkosten erspart worden ist.[67]) Selbstverständlich alterirt die Beschädigung den Frachtanspruch des Frachtführers nicht; ist daher die Fracht bei der Schadensregulirung noch nicht bezahlt, so kann sie der Frachtführer im vollen Umfange in Abzug bringen. Doch kann auch hier eine wirkliche Ersparung von Fracht vorkommen, wenn nämlich die Beschädigung darin besteht, dass von einer Quantität innerlich zusammengehöriger Sachen ein Theil verloren gegangen ist und im gegebenen Fall der Grundsatz: „Verlorenes Gut zahlt keine Fracht“ zur Anwendung kommt.

Abandon findet nicht statt, d. h. der Ersatzberechtigte kann nicht verlangen, dass der Frachtführer das beschädigte Gut behalte und ihm den gemeinen Werth des unbeschädigten ersetze; nur muss das beschädigte Gut noch überhaupt einen

---

[63]) Art. 395 Abs. 2; vgl. Art. 612 Abs. 3. — Art. 612 Abs. 3. erwähnt die Fracht ausdrücklich wegen des seerechtlichen Grundsatzes: „Verlorenes Gut zahlt keine Fracht“ (Art. 618, 619), welches Prinzip im Landfrachtverkehr nur ausnahmsweise kraft besonderer Verabredung gilt. Prot. S. 4711, 4714, 4715. — R.O.H.G. VIII 77 S. 331, 332. H.A.G. Nürnberg vom 19. Okt. 1868 bei Eger I S. 300. — Hahn Art. 396 § 6 S. 613, 614. Eger I S. 298–301.

[64]) Die Bestimmung des Art. 612 Abs. 1 S. 2, wonach stets der Marktpreis der verlorenen Güter bei Beginn der Löschung bezw. bei der Ankunft des Schiffs massgebend sein soll, erklärt sich daraus, dass das Seerecht keine Lieferzeit kennt.

[65]) Beschädigtes Gut plus dieser Differenz ist gleich dem unbeschädigten Gut. Art. 396 Abs. 3; vgl. Art. 614.

[66]) Z. B. zur pflichtmässigen Ablieferungszeit ist der gemeine Werth des unbeschädigten Guts 120, der Verkaufswerth des beschädigten 60, also Differenz = 60; zur Zeit der wirklichen Ablieferung ist der erstere 100 und der letztere 60, also Differenz = 40. Nach dem im Texte Ausgeführten muss zur Beschädigungsdifferenz von 40 noch die Verzögerungsdifferenz von 20 hinzugezählt werden. Und ist gleichzeitig in Folge der Verzögerung auch der Verkaufswerth des beschädigten Guts von 60 auf 50 herabgegangen, so muss auch noch diese weitere Differenz von 10 als Verzögerungsfolge ersetzt werden.

[67]) Art. 396 Abs. 3; vgl. Art. 614 S. 2.

Verkaufswerth haben.[68]) Ebensowenig kann der Ersatzberechtigte die Annahme des angekommenen Theils einer in demselben Frachtbrief verzeichneten Sendung verweigern, falls dieser Theil für sich allein einen gemeinen Werth hat.[69]) Obschon demnach der Empfänger auch das beschädigte Gut annehmen und die Fracht zahlen bezw. sich aufrechnen lassen muss, so braucht er dies doch nicht in einer für ihn nach Art. 408 Abs. 1 präjudizirlichen Weise zu thun, sondern er kann vor der Annahme die Ausstellung eines Reverses verlangen bezw. den Zustand des Gutes nach Art. 407 feststellen lassen.[70]) Umgekehrt hat aber auch nicht der Frachtführer das Recht, das beschädigte Gut gegen Ersatz des gemeinen Werths zurückzubehalten.[71])

Da der Schadensberechnung nicht das individuelle Interesse, sondern nur der gemeine Werth des Guts am Ablieferungsort zur Ablieferungszeit zu Grunde gelegt wird, so bildet derselbe den absoluten, sowohl inhaltlichen als zeitlichen als örtlichen Massstab für die Bemessung der Ersatzpflicht. Desshalb kann der Ersatzberechtigte den gemeinen Werth auch dann verlangen, wenn sein Interesse hinter demselben zurückbleiben sollte.[72]) Desshalb ist es ferner für die Feststellung des Schadenersatzes bedeutungslos, wenn der Kläger später das beschädigte Frachtgut ohne Verlust oder selbst mit Gewinn verkauft hat.[73]) Und desshalb ist schliesslich ein vom Marktpreis des Bestimmungsortes verschiedener Marktpreis der Umgegend einflusslos, und der gemeine Werth des Bestimmungsortes auch dann massgebend, wenn dieser Bestimmungsort nicht erreicht wird.[74])

Die Feststellung des gemeinen Werths liegt dem Kläger ob, der sich dazu der öffentlichen und privaten Preiskourante und Kurszettel, sowie auch der Aussagen von Sachverständigen, nicht aber des Eides bedienen kann;[75]) möglicher Weise kann der Fakturawerth als der gemeine Handelswerth angesehen werden.[76]) Ebenso muss der Ersatzberechtigte den Verkaufswerth des beschädigten Guts

---

[68]) R.O.H.G. XI 97 S. 294, 295, XIII 131 S. 414, XV 103 S. 374, XVI 14 S. 43, 44. — Den Abandon gestattet das Preuss. A. L.R. I 6 § 91. — Vgl. Eger I S. 231, 302, 303, II S. 154, 184.

[69]) Regl. § 59 Abs. 9 Z. 4. Dazu Eger II S. 184, 185.

[70]) Puchelt Art. 408 Anm. 1 c. S. 393. Vgl. auch Regl. § 59 Abs. 9, wonach Eisenbahnen bloss eine Bescheinigung über den Emptang überhaupt, nicht auch über den richtigen und rechtzeitigen Empfang vom Abnehmer verlangen können. Dazu Eger II S. 175—179.

[71]) Art. 312 des Preuss. Entw., der dem Frachtführer die Wahl überlässt, ob er die Beschädigung vergüten oder den Werth des Gutes gegen Uebernahme desselben ersetzen will, wurde in I. Les. verworfen. Prot. S. 803—806.

[72]) R.O.H.G. XIII 127 S. 394—397.

[73]) U. des R.O.H.G. vom 8. Dezbr. 1875 bei Eger I S. 290.

[74]) R.O.H.G. VIII 77 S. 328. — Der Antrag auf eine dem Art. 612 Abs. 4 analoge Bestimmung für den Binnentrachtverkehr wurde ausdrücklich von der Kommission verworfen. Prot. S. 4715.

[75]) C.P.O. § 260 Abs. 1 S. 2. Art. 612 Abs. 2, Art. 614 S. 2, Art. 713. Goldschmidt II S. 106—113. Eger I S. 287—289, 306.

[76]) R.O.H.G. II 81 S. 360. H.A.G. Nürnberg vom 21. Novbr. 1864 in Löhrs C.O.N.F. II S. 230, 231. Hahn Art. 396 S. 612 Not. 7. Eger II S. 294, 298.

nachweisen, was er namentlich durch wirklichen Verkauf oder durch Schätzung von Sachverständigen thun kann.[77]) Nöthigenfalls kann das Gericht anordnen, dass der Beweisführer innerhalb eines Maximalbetrages den Schaden eidlich schätze.[78]) Die Kosten der Ermittelung des gemeinen oder des Verkaufswerths hat der Frachtführer zu tragen.

4. Wenn dem Frachtführer **eine bösliche Handlungsweise** nachgewiesen wird, so hat er den vollen Schaden zu ersetzen.[79])

a. Mit dem Ausdruck „bösliche Handlungsweise"[80]) ist ein neuer Schuldbegriff in das Handelsrecht eingeführt worden, dessen Tragweite in Theorie und Praxis zahlreiche Kontroversen hervorgerufen hat. Dass der dolus als das bewusste rechtswidrige Handeln darunter fällt, unterliegt keinem Zweifel. Anders steht es mit der gemeinrechtlichen culpa lata. Die Protokolle ergeben nach dieser Seite hin kein unzweifelhaftes Resultat. Nur soviel geht aus denselben mit Sicherheit hervor, dass der Ausdruck „bösliche Handlungsweise" einer zweifachen Opposition seine Entstehung verdankt: einer **sachlichen** Opposition gegen das Prinzip, dass der Frachtführer auch wegen eines geringeren Grades von Verschuldung den vollen Schaden zu ersetzen habe, und einer **sprachlichen** Opposition gegen den Ausdruck „grobe Fahrlässigkeit" oder „grobes Verschulden", der einigen Partikulargesetzgebungen fremd, in anderen aber in einer sehr weiten Ausdehnung gebraucht sei und desshalb in den verschiedenen Rechtsgebieten Deutschlands verschieden aufgefasst werden könnte, während der Ausdruck „bösliche Handlungsweise" ausser dem dolus nach der Ansicht einiger dafür plaidirender Mitglieder auch den „höchsten Grad der Nachlässigkeit", nach der Ansicht anderer auch die Fälle der „luxuria", der „Pflichtwidrigkeit im Bewusstsein der damit verbundenen dringenden Gefahr" träfe.[81]) Behält man dies im Auge und nimmt man noch dazu, dass schliesslich der Ausdruck „grobes Verschulden" nur durch die entscheidende Stimme des Präsidenten abgelehnt wurde, dass selbstverständlich auf Seiten des Präsidenten auch diejenigen Vertheidiger des Ausdrucks „bösliche Handlungsweise" standen, welche in derselben ausser dem dolus auch den „höchsten Grad der Nachlässigkeit" sahen, so drängt sich dem unbefangenen Leser der Protokolle die Ueberzeugung auf, dass die Majorität der Kommission unter „böslicher Handlungsweise" den dolus und die gemeinrechtliche culpa lata hat verstanden wissen wollen.[82]) Dagegen subsumirt das B.O.H.G. bezw. R.O.H.G. und das

[77]) Vgl. Art. 614 S. 2, Art. 714.

[78]) C.P.O. § 260 Abs. 1 S. 3, 4. — Die actio de recepto lässt gemeinrechtlich den Würderungseid zu. Goldschmidt in s. Zeitschr. III S. 117.

[79]) Art. 396 Abs. 5.

[80]) Derselbe kommt noch vor in Art. 427 Abs. 2 u. Art. 610 Abs. 2.

[81]) Prot. S. 5112—5115.

[82]) So auch Hahn Art. 396 § 7 S. 448 der I. Aufl., unbestimmt in § 11 S. 615, 616 der II. Aufl. Swoboda im Arch. f. d. W.R. u. H.R. N. F. VI S. 225—248. W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. VIII S. 445 Not. 47 u. in Eisenbahntransportrecht S. 45 Not. 47. Ebenso O.A.G. Dresden vom 24. April 1866 in Seufferts Arch. XXVI. 297, vom 2. Febr. 1872 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 619. O.A.G. Lübeck in Buschs Arch. 5 S. 486 ff. — Eigenthümlich Binding, Normen II S. 377 Not. 577.

R.G. nicht alle Fälle der culpa lata unter den Begriff der böslichen Handlungsweise,[83]) sondern nur die „luxuria", die „Frevelhaftigkeit", den „frevelhaften Muthwillen", den „frevelhaften Leichtsinn". den „Frevelmuth", die „qualifizirte Verschuldung, Ruchlosigkeit, Gewissenlosigkeit", d. h. eine solche Handlungsweise, bei welcher der positiv oder negativ Handelnde sich der mit seinem Handeln verbundenen Gefahr oder Folgen bewusst ist und dennoch nicht davon absteht;[84]) sodann den „höchsten Grad von Nachlässigkeit". den dem dolus „nahestehenden Grad der Fahrlässigkeit", die „äusserste Kopflosigkeit", die „masslose Sorglosigkeit", das „denkbar höchste Mass der Nachlässigkeit".[85]) Obschon, wie erwähnt, das R.O.H.G. bezw. R.G. die Begriffe culpa lata und bösliche Handlungsweise nicht als coincidirend ansieht, so behandelt es doch in Wirklichkeit dieselben als solche; denn es gibt keine culpa lata, welche unter die „masslose Sorglosigkeit" und „äusserste Kopflosigkeit" heruntergeht. Es ist nämlich nur ein Zweifaches denkbar. Entweder sieht der Handelnde die schlimmen Folgen seiner Handlungsweise als möglich voraus und unterlässt und verändert dieselbe trotzdem nicht; dann haben wir Frevelhaftigkeit, Gewissenlosigkeit, Frivolität, luxuria, lascivia. Oder aber er sieht den möglichen schlimmen Erfolg nicht voraus, während ihn jeder andere Mensch vorausgesehen hätte: dann haben wir die masslose Sorglosigkeit und äusserste Kopflosigkeit. „Lata culpa est nimia neglegentia, i. e. non intellegere quod omnes intelligunt"; „latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt."[86]) Beim dolus ist man verantwortlich, weil man den schlimmen Erfolg seiner Handlungsweise vorhergesehen und gewollt hat; bei der Frevelhaftigkeit, weil man ihn als möglich vorhergesehen und dennoch die Handlungsweise nicht unterlassen hat; bei der masslosen Sorglosigkeit, weil man zur Entschuldigung seiner Handlungsweise sich nur auf einen Mangel an Voraussicht berufen könnte, wie er bei keinem andern Menschen vorkommt, desshalb auch nicht als beim Handelnden selbst vorhanden angenommen werden kann. Sobald der Kausalnexus zwischen Handlung und Erfolg ein solcher ist, dass ihn auch andere Leute nicht vorhersehen konnten, so liegt keine culpa lata mehr vor. Dass man aber hier gerade die Grenze zieht zwischen böslicher Handlungsweise und Nachlässigkeit, entspricht einem entschiedenen praktischen Bedürfniss. Denn eigentliche Frevelhaftigkeit wird äusserst selten vorkommen

---

[83]) R.O.H.G. XV 32 S. 91 „eine mit der culpa lata nicht zu identifizirende bösliche Handlungsweise".

[84]) R.O.H.G. I 46 S. 158, 159, III 22 S. 109, VIII 77 S. 326; 105 S. 429, IX 89 S. 302, X 46 S. 218—220, XIII 104 S. 319—321, XVII 64 S. 301, 302, XXI 7 S. 22, R.G. I 10 S. 22. Ebenso Oesterr. Ob.Ger. vom 30. Aug. 1866 und 28. Oktbr. 1870 bei Eger I S. 313, 314. O.Trib. Berlin vom 7. Dezbr. 1865 bei Eger I S. 313. Anschütz Art. 396 S. 438, 439. Endemann S. 724 Not. 12. Thöl S. 47—49. Eger I S. 307—324.

[85]) R.O.H.G. I 46 S. 158, 159, VIII 77 S. 326, XII 121 S. 430. O.Trib. Berlin vom 2. Febr. 1864 bei Striethorst 58 S. 19—21, vom 21. Dez. 1867 in Seufferts Arch. XXIII. 202. — Vgl. auch R.O.H.G. XII 46 S. 137; 93 S. 282; 121 S. 430, XIII 104 S. 319—321, XVII 31 S. 121—123, XXIII 102 S. 310.

[86]) L. 213 § 2, l. 223 pr. D. de V. S. (50, 16).

und noch viel seltener nachzuweisen sein. Fast immer müsste der Richter sie daraus schliessen, dass sich der Beklagte zu seiner Entschuldigung nur darauf berufen könnte, nicht gewusst zu haben, was alle Andern gewusst haben. Will man also die Grenze nicht beim eigentlichen dolus ziehen, so muss man die lata culpa schlechtweg in den Begriff der böslichen Handlungsweise hineinnehmen. Am wenigsten darf man sich an dem Worte „böslich" stören[87]. da derselbe kein juristisch technischer Begriff und seine sprachliche Bedeutung eine schillernde ist. Eine zu weite Ausdehnung ist bei einer richtigen Erfassung des gemeinrechtlichen Begriffs der culpa lata als des schlechterdings unverzeihlichen, unverantwortlichen Handelns nicht zu befürchten. Dabei sind aber im konkreten Falle die gesammten Umstände zu berücksichtigen, unter denen das Handeln vorgekommen ist. Es kann unter gewissen Verhältnissen, z. B. in Kriegszeiten, etwas als verzeihliche Verschuldung des Frachtführers angesehen werden, was unter normalen Verhältnissen lata culpa ist.[88]

b. Der Entschädigungsberechtigte hat stets den Beweis der böslichen Handlungsweise zu führen, sei es des verklagten Frachtführers, sei es seiner Leute und Gehülfen, sei es eines andern Frachtführers, für den er nach Art. 401 haftet.[89] Ist jedoch die bösliche Handlungsweise schon aus den vorliegenden zugestandenen Verhältnissen, wie namentlich aus den von einer Eisenbahn angestellten Recherchen ersichtlich, so bedarf es eines besonderen Nachweises derselben seitens des Entschädigungsberechtigten nicht.[90]

c. Der **„volle Schaden"** umfasst den wirklichen Schaden und den entgangenen Gewinn; den wirklichen Schaden ohne Rücksicht darauf ob er direkt oder indirekt, z. B. Konventionalstrafe ist; den entgangenen Gewinn, soweit er vom Kläger nachgewiesen werden kann; beide ohne Rücksicht darauf, ob sie vom Frachtführer vorausgesehen werden konnten oder nicht. Eine Beschränkung des Schadensbetrages auf den doppelten Werth des Frachtguts findet nicht mehr statt.[91] Ist in einem gegebenen Falle der volle Schaden geringer als der gemeine Werth, so haftet der Frachtführer für den letztern, z. B. der Empfänger hat das verlorene Gut unter dem gemeinen Handelswerth weiter verkauft. Denn er darf bei böslicher Handlungsweise nicht besser daran sein, als wie bei gewöhnlicher Nachlässigkeit oder gar bei Schuldlosigkeit.

[87]) Wie Thöl S. 47, 48.

[88]) R.O.H.G. VI 97 S. 431—433, VIII 77 S. 326, 327, XV 32 S. 88, 89. — Uebrigens hat der Entw. des R.Eisenbahnges. von 1874 § 52 Abs. 3 u. § 55 Abs. 5 dem Ausdruck „bösliche Handlungsweise" den Ausdruck „Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit" substituirt, weil jener Begriff zu schwankend sei und in seiner engen vom R.O.H.G. adoptirten Bedeutung dem praktischen Bedürfnisse nicht entspreche, Mot. S. 81, 82.

[89]) R.O.H.G. VI 96 S. 429—431, VIII 77 S. 326. Hahn Art. 396 § 13 S. 616, 617. Eger I S. 324—327.

[90]) R.O.H.G. XIII 104 S. 319, XXI 7 S. 21, XXIII 102 S. 310. R.G. VII 40 S. 128, 129. Kass.Hof Darmstadt vom 2. Febr. 1867 bei Eger I S. 325.

[91]) Art. 283. — R.O.H.G. II 47 S. 197, 198, VII 106 S. 409—412, XI 80 S. 240, 241, XVI 55 S. 193. 194. — Die c. un. C. de sent. quae pro eo (7, 47) ist durch Art. 283 beseitigt. R.O.H.G. XIX 88 S. 304. 305. Hahn Art. 283 § 2 S. 93, 94.

VII. Hat der Frachtführer im Falle des Verlustes die Entschädigungssumme bezahlt und ist dieselbe dem Eigenthümer des verlorenen Guts zugekommen, so geht nunmehr der **Eigenthumsanspruch** auf den Frachtführer über bezw. derselbe wird Eigenthümer, falls er den Besitz der verlorenen Sache erlangt hat; denn „qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est". Nur darf der Frachtführer sich nicht doloser Weise in die Unmöglichkeit der Herausgabe versetzt haben.[92]) Der Erwerb des Frachtführers ist, weil auf quasi Verkauf beruhend, ein definitiver. Desshalb darf der Entschädigte nicht später die Rückgabe der wieder aufgefundenen Sache gegen Restitution der Entschädigungssumme verlangen.[93]) Anders ist es nach den Bestimmungen des Reglements mit Rücksicht darauf, dass der Entschädigte im Deklarationswerthe bezw. im Normalsatze sehr oft nicht den wahren Werth der verlorenen Sache bekommt. Darnach **kann** der Entschädigungsberechtigte bei Empfangnahme der Entschädigung beanspruchen, dass er, falls das verlorene Gut später wieder gefunden wird, hiervon benachrichtigt werde. Ueber die Geltendmachung dieses Anspruchs ist ihm eine Bescheinigung zu ertheilen. Wird ihm dann die Wiederauffindung mitgetheilt, so kann er innerhalb 8 Tagen nach erhaltener Nachricht verlangen, dass das wiedergefundene Gut ihm an den im Frachtbrief angegebenen ursprünglichen Bestimmungsort kostenfrei geliefert werde und zwar gegen Rückerstattung der erhaltenen Entschädigungssumme unter Abzug des Betrags, welcher ihm als Entschädigung für die versäumte Lieferfrist gebührt.[94]) Ist Reisegepäck verloren gegangen und wird dasselbe später wieder aufgefunden, so ist hiervon der Reisende zu benachrichtigen, sofern sein Aufenthalt zu ermitteln ist. Derselbe kann dann innerhalb 4 Wochen nach erhaltener Nachricht verlangen, dass ihm das Gepäckstück gegen Rückerstattung der erhaltenen Entschädigungssumme verabfolgt werde und zwar nach seiner Wahl entweder am Bestimmungsorte oder frachtfrei am Aufgabeorte.[95])

Ausserdem kann der Frachtführer die **Abtretung der Klagen** des entschädigten Damnifikaten gegen den Damnifikanten verlangen. insbesondere die condictio furtiva und die actio legis Aquiliae. Da diese Klagen auf das volle Interesse des Damnifikaten gehen, so macht der Frachtführer, der bloss den gemeinen Werth ersetzt hat, ein commodum, das er nach dem Prinzipe: „cuius periculum eius commodum" lukrirt.[96]) Die Diebstahlsklage kann er auch im eigenen Namen gegen den Dieb anstellen, aber nur soweit seine eigene Ersatzpflicht geht, also bald auf den gemeinen Werth der gestohlenen Sache, bald auf das

---

[92]) L. 22 pr. D. de act. rer. amot. (25, 2); l. 3 D. pro empt. (41, 4); l. 46, 47, 70 D. de R.V. (6, 1); l. 7 § 1 D. de Publ. (6, 2). Windscheid § 193 Not. 11, 12 und Text dazu.

[93]) L. 63 D. de R.V. (6, 1).

[94]) Regl. § 64 Abs. 7, 8.

[95]) Regl. § 30 Abs. 2.

[96]) L. 25 § 8, l. 60 § 2 D. locati (19, 2); l. 12 D. de re jud. (42, 1). Fr. Mommsen, Erörter. I S. 90.

Interesse des Damnifikaten.[97]) Hat der Entschädigte vom Damnifikanten etwas eingetrieben, nachdem er vom Frachtführer befriedigt worden ist, so muss er es an den letztern herausgeben.[98])

VIII. Mit der Klage aus Art. 395 und 396 können verschiedene andere **Klagen** in verschiedener Weise **konkurriren.**

1. Mit der Klage wegen **Beschädigung** kann eine Klage wegen **Verspätung** in Ansehung desselben Objekts cumulativ konkurriren, nämlich wenn die Beschädigung **vor** der Verzögerung stattgefunden hat. Der Anspruch des Klägers setzt sich alsdann zusammen aus dem Schaden wegen der Beschädigung und aus dem Schaden wegen der Versäumung der Lieferzeit (Preisrückgang, entgangener Gewinn, bezahlte Konventionalstrafe). Hat die Beschädigung aber **in Folge** der Verzögerung stattgefunden, so bildet sie ein Element des Verzögerungsinteresses und braucht nicht besonders geltend gemacht zu werden.[99]) Dagegen kann mit der Klage wegen **Verlust** niemals eine Klage wegen Verspätung in Ansehung desselben Objekts konkuriren. Denn entweder ist der Verlust innerhalb der Lieferzeit eingetreten: alsdann kommt es gar nicht zur Verspätung, sondern zur Beendigung des Transportes wegen Unmöglichkeit der Vollendung desselben. Oder aber der Verlust ist in Folge der Verzögerung eingetreten — und er ist immer in Folge der Verzögerung eingetreten, wenn er **nach** derselben eingetreten ist —, alsdann bildet er wieder ein Element des Verzögerungsinteresses.[100])

2. Fraglich ist, ob mit den Schadenersatzansprüchen aus Art. 395 u. 396 Schadenersatzansprüche aus **Delikten** konkurriren. Es ist zu unterscheiden:

a. Ist der Schaden durch eine Handlung des **Frachtführers** selbst zugefügt worden, so kann eine Deliktsklage nur dann gegen ihn angestellt werden, wenn die Handlung eine solche war, dass er zu ihrer Vornahme als Frachtführer weder berechtigt noch verpflichtet war. Denn in so weit handelte er nicht als Frachtführer in Erfüllung seiner Frachtobligation, sondern als gewöhnlicher Mensch bei Gelegenheit des Frachtverhältnisses, und die Beziehungen, die dadurch zwischen ihm und dem Absender bezw. Empfänger entstehen, sind keine frachtmässigen, keine handelsrechtlichen. War die Handlung aber eine frachtmässige, so kann sie zwar eine vertrags- oder gesetzwidrige, aber keine deliktsmässige sein, und desshalb kann die Haftung des Frachtführers nicht über den gemeinen Werth der Sache hinaus erhöht werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass dieselbe Handlung dritten unbetheiligten Personen die Deliktsklage verschaffen kann, z. B. Funken der Lokomotive entzünden das Frachtgut und gleichzeitig einen Wald.[101]) In der Regel involvirt eine unfrachtmässige Handlung des Frachtführers die Merkmale einer böslichen Handlungs-

[97]) L. 14 § 16, l. 90 al. 92 pr. D. de furt. (47, 2).

[98]) L. 14 pr. D. eod.

[99]) Irrig ist die Ansicht Puchelts Art. 396 Anm. 1 S. 364 und Egers I S. 290, dass neben der Schadenersatzklage aus Art. 395 und 396 eine solche aus Art. 397 nicht konkurriren könne.

[100]) Vgl. R.O.H.G. XVIII 63 S. 236, 237 und das bei Eger I S. 284 angef. U. des R.O.H.G. vom 11. Novbr. 1876. — Vgl. jedoch auch u. § 343 II 7b Not. 69.

[101]) R.O.H.G. XV 32 S. 83—91.

weise und dann ist die Konkurrenz einer besonderen Deliktsklage, insofern sie auf das volle Interesse gerichtet ist, bedeutungslos; nur wenn die bösliche Handlungsweise nicht geradezu Betrug oder Veruntreuung ist, hat die Deliktsklage in sofern Bedeutung, als sie nicht schon nach Ablauf eines Jahres verjährt. Desshalb ist die Klage wegen Unterschlagung stets bedeutungslos. Anders ist es bei der Sachbeschädigung. Da kann der Frachtführer unfrachtmässige Handlungen vornehmen, die nicht böslich sind, (z. B. er spielt mit dem Frachtgut, er zeigt es einem Unberechtigten u. dgl.), und er kann bösliche Handlungen vornehmen, die nicht Betrug oder Veruntreuung sind. Desshalb hat hier die actio legis Aquiliae bezw. die selbständige Schadensklage [102]) insofern selbständige Bedeutung, als sie im erstern Falle auf das volle Interesse bezw. auf einen höhern Werth geht,[103]) während die Frachtklage auf den gemeinen Werth bezw. die reglementarischen Normalsätze beschränkt ist, und als sie in beiden Fällen innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit verjährt, während die Frachtklage schon nach Ablauf Eines Jahres verjährt.[104])

b. Ist der Schaden durch die **Leute oder Gehülfen** des Frachtführers herbeigeführt worden, so kommen die gleichen Grundsätze zur Anwendung. Auch rücksichtlich dieser Personen können nur solche Handlungen als Delikte qualifizirt werden, die nach der Frachtobligation nicht vorgenommen werden durften. Für solche Delikte stehen die Delinquenten selbst deliktsmässig ein; dagegen kann der Frachtführer nur frachtmässig dafür verantwortlich gemacht werden. Denn der Art. 400 bezieht sich bloss auf die Haftung des Frachtführers als **solchen** gegenüber dem Empfänger bezw. Absender als solchem. Deliktsmässig kann der Frachtführer nur nach civilrechtlichen Grundsätzen haften. Und so statuirt das R.O.H.G. im Anschluss an ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht den Satz, dass die grossen Transportanstalten, insbesondere die Eisenbahnen für die Delikte ihrer Leute einstehen, welche dieselben in Ausübung ihrer Funktionen im Dienste des Transportunternehmers begehen.[105])

c. Ist der Schaden durch **Dritte** zugefügt worden, so liegt stets eine ausserfrachtmässige Handlung vor. Desshalb ist hier der Konkurrenz der Frachtklage mit Deliktsklagen ein weiter Spielraum gelassen, insofern der Dritte aus seinem Delikte schlechtweg deliktsmässig, und der Frachtführer frachtmässig haftet, soweit sich das Delikt des Dritten nicht etwa als höhere Gewalt darstellt.

---

[102]) Nach Preuss. A. L.R. I 6 § 82, 83, 88, 89, 90, 93; Code civ. art. 1382, 1383; Oesterr. G.B. § 1295, 1332; Sächs. G.B. § 1483—1488, 1493, 1494; vgl. § 116—125 685—687.

[103]) Nach Preuss. A. L.R. I 6 § 91 auch das Recht zum Abandon gibt.

[104]) Art. 408 Abs. 3, 386 Abs. 1, 4. — Die a. leg. Aqu. hätte auch bei der **ausserkontraktlichen böslichen** Handlungsweise ihre selbständige Bedeutung, wenn man den Strafzusatz, der in der Taxation nach dem höchsten Werthe der Sache während des letzten Jahres bezw. der letzten 30 Tage liegt, auch heutzutage noch für praktisch hielte. Vgl. dagegen Münter I S. 188 a. E. Windscheid § 454 Nr. 5 u. Not. 23.

[105]) R.O.H.G. XII 23 S. 78—80 und die dort citt. oberstrichterlichen Urtheile. Windscheid § 454 Nr. 5, § 457 Nr. 2.

Im Weitern ist über diese Konkurrenzfälle Folgendes zu bemerken:

a. Absender bezw. Empfänger können **als solche** wohl die Frachtklage anstellen, aber nicht die Deliktsklagen, sondern nur wenn in ihrer Person die subjektiven Voraussetzungen derselben gegeben sind, z. B. ein vermögensrechtliches Interesse bei der Diebstahlsklage, Eigenthum bonae fidei possessio oder dingliches Recht bei der actio legis Aquiliae.[106])

b. Stehen Fracht- und Deliktsklage derselben Person zu, so kann sie nur einmal Ersatz verlangen, gleichgültig ob die Personen der Beklagten identisch sind oder aus einander fallen. Ist desshalb die Frachtklage geltend gemacht, so kann mittels der Deliktsklage nur das Plus, welches sie bietet, nachgefordert werden, falls sie nicht etwa dem Frachtführer cedirt ist.[107]) Stehen Frachtklage und Deliktsklage verschiedenen Personen zu, so können beide nebeneinander geltend gemacht werden, sofern nicht dem einen Kläger wegen seiner rechtlichen Beziehungen zum andern eine exceptio doli entgegensteht.

c. Weder der Frachtführer noch der Delinquent hat die Einrede der Vorausklage.

d. In wiefern der Frachtführer gegen den Delinquenten einen Regress hat, richtet sich ganz nach civilrechtlichen Prinzipien.[108])

3. Die Schadenersatzklage aus dem Frachtgeschäfte kann auch mit andern **Geschäftsklagen** konkurriren. Doch ist eine Konkurrenz derselben mit der civilrechtlichen actio locati, wie eine solche seitens der a. de recepto stattfindet, wegen der Schadensberechnung des Art. 396 ausgeschlossen. Dagegen kommt für eine solche Konkurrenz insbesondere die Klage des versicherten Absenders oder Empfängers gegen die Transportversicherungsanstalt in Betracht. Hier kann der Beschädigte sowohl gegen den Frachtführer als auch gegen die Versicherungsanstalt klagen, ohne dass von der einen oder andern Seite eine exceptio doli opponirt werden könnte, da beide Ansprüche auf zwei verschiedenen Geschäften beruhen, die sowohl ihrem Inhalte als ihrem Gegenstande nach von einander unabhängig sind. In wieweit die Versicherungsanstalt einen Regress gegen den Frachtführer hat, bestimmt sich nach allgemeinen civilrechtlichen Prinzipien. Jedenfalls ist ein solcher Regress seinem Inhalt nach auf die dem Absender bezw. Empfänger gegenüber zu leistende Entschädigung beschränkt.[109])

IX. Art. 395 u. 396 enthalten kein absolutes Recht. Desshalb ist eine **vertragsmässige Abänderung** der in denselben statuirten Haftpflicht statthaft; nur darf eine solche Abänderung nicht dem Wesen des Frachtgeschäftes widerstreiten, weil sonst gar kein Frachtverhältniss mehr vorliegen würde. Eine

---

106) Windscheid § 453 Nr. 1 Not. 7—11 und Text dazu, § 455 Nr. 4.

107) l. 3 § 5 D. nautae (4, 9); l. 41 § 1 D. de O. et A. (44, 7); l. 34 § 2 D. eod.; l. 7 § 1 D. commod. (13, 6); l. 2 § 3 D. de del. priv. (47, 1); l. 9 § 1 D. de furt. (47, 2); l. 1 § 3 D. furti adversus naut. (47, 5).

108) Vgl. Savigny, System V S. 222—231, 252—256. Eger I S. 202—206.

109) O.Trib. Berlin vom 16. Juni 1868 bei Eger I S. 205. Vgl. denselben S. 205, 206.

vertragsmässige Abänderung kann namentlich auch durch Reglements und durch allgemeine dem Frachtbrief aufgedruckte Bedingungen stattfinden.[110]

Prinzipiell unterliegen derartige Abänderungen der freien Parteiwillkühr, soweit sie nicht einen Verstoss gegen höhere Rechtsprinzipien involviren. Ein solcher Verstoss gegen Recht und Billigkeit und gegen die guten Sitten liegt aber immer dann vor, wenn der Frachtführer dem Absender gegenüber eine prädominirende oder gar monopolistische Stellung einnimmt und unter Ausbeutung dieser Stellung demselben Vertragsbedingungen aufdrängt, zu welchen er sich bei paritätischer Stellung nicht herbeigelassen hätte.[111] Von diesem Gesichtspunkte aus ist es den Eisenbahnen in Art. 423 untersagt, ihre Haftung aus Art. 395 und 396 in einer andern als der im H.G.B. selbst zugelassenen Weise zu modifiziren.[112] Im Einzelnen können sich solche vertragsmässigen Abänderungen beziehen:

1. Auf den **Grad** der Verantwortlichkeit. Dieselbe kann sowohl erhöht als vermindert werden. Der Frachtführer kann möglicher Weise sogar den Schaden durch höhere Gewalt auf sich nehmen.[113] Dagegen darf die Herabminderung seiner Verantwortlichkeit niemals so weit gehen, dass sie gegen Recht und Billigkeit und die guten Sitten verstossen würde. Desshalb ist ein Ausschluss der Haftung für eigenen dolus und eigene culpa lata schlechterdings unstatthaft;[114] desshalb auch der Ausschluss der Haftung für dolus und culpa lata der Leute und Gehülfen, weil ohne solche selten Transporte ausgeführt werden.

An der Beweislast ändert eine derartige mildernde Verabredung nichts. Der Frachtführer bekommt nur weitere Exkulpationsgründe. Wurde insbesondere verabredet, dass der Frachtführer überhaupt nicht für Verlust und Beschädigung einstehen soll, so kann er sich exkulpiren durch den Nachweis eines Ereignisses, das ihm weder zum dolus noch zur culpa lata zugerechnet werden kann. Und wurde verabredet, dass er nur für Verschuldung einstehen soll, so hat er zu seiner Entschuldigung zu beweisen, dass ihn keine Verschuldung trifft.[115]

2. Auf die **Art des zu vertretenden Schadens**, insofern ausgemacht

---

[110] R.O.H.G. VIII 49 S. 194, 195.

[111] Insoweit ist die an art. 103 des Code d. c. sich anschliessende französische Praxis gewiss gerechtfertigt und für deutsche Gerichte sehr empfehlenswerth. Vgl. Sirey-Gilbert ad art. 103 n⁰. 1—5. Pardessus II n⁰. 542.

[112] Der Entw. I. Les. Art. 339 enthielt die Bestimmung: „Verträge, durch welche die vorstehenden gesetzlichen Verpflichtungen des Frachtführers zum Schadensersatz (Art. 335—338) beschränkt oder aufgehoben werden sollen, haben keine rechtliche Wirkung"; nachdem in Art. 376 des Entw. II. Les. die gewöhnlichen Fuhrleute, gewöhnlichen Schiffer und die Postanstalten von dieser Bestimmung ausgenommen waren, wurde sie in III. Les. ganz beseitigt und nur für Eisenbahnen im Umfange des Art. 423 beibehalten. Prot. S. 4778, 4779. — Vgl. u. § 355—357.

[113] L. 9 § 2 D. locati (19, 2).

[114] L. 23 D. de R.J. (50, 17). Goldschmidt in s. Zeitschr. IV S. 580, 582, 642, 645. Puchelt Art. 392 Anm. 6 S. 352. Eger I S. 92. A. M. in Bezug auf lata culpa Wächter, Würtemb. Priv.R. II S. 791 Not. 19, 20.

[115] Goldschmidt in s. Zeitschr. III S. 338.

werden kann, dass der Frachtführer für gewisse Schäden nicht einzustehen habe. Alsdann kann sich der Frachtführer durch den Nachweis exkulpiren, dass der entstandene Schaden zu den vertragsmässig ausgeschlossenen Schäden gehört. Doch schützt ihn ein solcher Nachweis nicht, wenn der Kläger darthut, dass er den Schaden durch Nichtbeobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers herbeigeführt habe. Denn der Sinn einer solchen Verabredung geht bloss dahin, den Frachtführer von der Gefahr solcher Schäden zu befreien, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden können.[116])

3. Auf die **Beweislast** nach den verschiedensten Richtungen hin. Insbesondere kann ausbedungen sein, dass der Kläger, um den Frachtführer verantwortlich zu machen, die Kausalität zwischen einem zu vertretenden Ereigniss und dem eingetretenen Schaden bezw. die Schuld des Frachtführers nachweisen müsse, anstatt dass der Frachtführer zu seiner Entschuldigung den Kausalnexus zwischen einem nicht zu vertretenden Ereigniss und dem eingetretenen Schaden bezw. seine Unschuld darzuthun hat.[117])

4. Auf den **Umfang des Schadenersatzes.** Auch in dieser Beziehung kann die Haftpflicht des Frachtführers sowohl erweitert als eingeschränkt werden. **Erweitert** wird sie namentlich durch **Werthdeklarationen.** Eine solche Werthdeklaration kann jedoch dem Frachtführer nicht einseitig aufgedrungen werden, sondern er muss damit einverstanden sein, dass die Werthangabe zum Zwecke der Bestimmung des Schadenersatzumfanges in den Frachtbrief aufgenommen werde. Ob dies der Fall, ist Thatfrage, und so kann auch eine zunächst zu andern Zwecken, z. B. zur Verzollung gemachte Werthdeklaration gleichzeitig auch als Deklaration für den Schadensfall angesehen werden.[118]) Die Werthdeklaration kann die Bedeutung eines im Voraus absolut fixirten Ersatzquantums haben, welches im Falle des Verlustes ohne weiteren Nachweis und mit Ausschluss jedes Gegenbeweises ausser dem des dolus gefordert werden darf, und welches im Falle der Beschädigung als Minuend das eine Glied einer Differenz bildet, die man durch Subtraktion des Verkaufswerths vom Deklarationswerth erhält. Doch hat sie diese Bedeutung nur in Folge ausdrücklicher Verabredung. Im Zweifel ist sie bloss eine vorläufige Fixirung des gemeinen Werths, die als Maximalgrenze des Schadenersatzes gelten soll, sodass der Frachtführer den Gegenbeweis des Minderwerths führen kann. In diesem Falle ist die Werthdeklaration hauptsächlich Beweisvertrag. Nach Art. 427 Abs. 1 Z. 1 und Regl. § 68 Abs. 1 Z. 3 ist die Werthdeklaration nicht einmal eine vorläufige Fixirung des gemeinen Werths, sondern nur der Maximalsatz der zu gewährenden Entschädigung, sodass dem Deklaranten trotz der Deklaration der Nachweis des wirklichen gemeinen Werths

---

[116]) Vgl. Art. 424 Abs. 1, 3.

[117]) Vgl. Art. 424 Abs. 2, 3, Art. 425 Z. 1, Art. 426.

[118]) Prot. S. 447, 4716. O.A.G. Lübeck vom 29. Juni 1865 in Goldschmidts Zeitschr. XII S. 575. W. Koch, Ebend. VIII S. 442 Not. 41 und Eisenbahntransportrecht S. 42 Not. 41. Wolff in Behrends Zeitschr. IV S. 133.

nicht erspart ist.[119]) Immerhin ist aber auch in dem letzten Sinne die Deklaration keine einseitige Erklärung des Absenders,[120]) sondern eine wahre modifizirende Vertragsberedung, allerdings eine solche, die den gesetzlichen Umfang der Schadenersatzpflicht nicht erweitert, sondern vor Verengerung durch den ohne Deklaration eintretenden Normalsatz wahrt. Und nur wo die Werthdeklaration den Ausschluss eines solchen Normalsatzes bezweckt oder zur Erhaltung eines Schadenersatzanspruches überhaupt nothwendig ist, wie nach Art. 395 Abs. 2, ist sie in diesem beschränkten Sinne zu interpretiren. Denn anderen Falls würde sie für den Deklaranten nur nachtheilig sein.[121])

Eingeschränkt wird der Umfang der Haftpflicht des Frachtführers insbesondere durch Vereinbarung eines **Normalsatzes.** Ein solcher Normalsatz kann ein absolut fixirtes Schadenersatzquantum sein, gegen welches weder von der einen noch von der andern Seite Gegenbeweis zulässig ist. Er kann aber auch den Maximalsatz der zu gewährenden Entschädigung bilden, sodass dem Kläger der Nachweis des wirklichen gemeinen Werths nicht erspart bleibt.[122]) Denkbar wäre auch, dass der Normalsatz das vorläufig fixirte Minimum der Entschädigung bildete, welches jedoch durch den Nachweis eines höheren gemeinen Werthes seitens des Klägers überschritten werden könnte.[123])

§ 341.

c. Die Ablieferungspflicht und die Ablieferungshindernisse.

1. „Der Frachtführer ist verpflichtet, am Ort der Ablieferung dem durch den Frachtbrief bezeichneten Empfänger das Frachtgut **auszuhändigen**",[1]) d. h.

---

[119]) R.O.H.G. XI 128 S. 423, 424; vgl. 77 S. 229, 230.

[120]) Die entgegengesetzte Ansicht des R.O.H.G. XI 128 S. 424 ist irrig.

[121]) Desshalb ist es nicht richtig, wenn R.O.H.G. XI 128 S. 424 sagt, dass diese beschränkte Bedeutung allein dem regelmässigen Frachtverkehre entspräche.

[122]) So nach Regl. § 68 Abs. 1 Z. 2 auf Grund von Art. 427 Abs. 1 Z. 1. — Prot. S. 4710, 4715, 4716. R.O.H.G. VIII 77 S. 327—332.

[123]) Vgl. über die Deklaration Eger I S. 291—293.

[1]) Diese Verpflichtung ist gegenüber dem Absender in Art. 403 u. Regl. § 59 Abs. 1 S. 1, gegenüber dem Empfänger in Art. 405 ausgesprochen. — Art. 403 (Preuss. Entw. Art. 322, 323. Entw. I. Les. Art. 347. Entw. II. Les. Art. 378. — Prot. S. 853, 1240, 5098. Eger II S. 131—159) hat als eines Theils selbstverständlich und andern Theils unvollständig mancherlei Anstoss erregt; vgl. Hahn Art. 403 S. 465 (1. Aufl.), S. 639 (2. Aufl.), Eger II S. 135—138. Aber er ist weder das Eine noch das Andere, wenn man bedenkt, dass er von einer Verpflichtung des Frachtführers gegenüber dem Absender handelt. Er ist nicht selbstverständlich, wie R.O.H.G. VIII 6 S. 28 meint, weil in der Verpflichtung zum Transport an und für sich nur die Verpflichtung zur Verbringung des Gutes vom Abgangsort zum Bestimmungsort, nicht auch die Verpflichtung zur Aushändigung an den Empfänger enthalten ist. Er ist nicht unvollständig, weil die Gegenleistung des Empfängers in einem Artikel, der lediglich von Beziehungen zwischen Absender und Frachtführer handelt, nicht zu erwähnen ist. Dass aber Art. 403 nur von der Ablieferungspflicht des Frachtführers gegenüber dem Absender handeln soll, hat der Gesetzgeber, wenn vielleicht auch nur instinktiv, schon durch die Stellung dieses Artikels bekundet. Art. 402 spricht von den Verpflichtungen des Frachtführers

den Empfänger oder einen legitimirten Vertreter desselben, wozu auch Steuer- und Zollbehörden gehören, in den Gewahrsam des Frachtguts zu setzen. [2])

1. Dem im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger steht der durch nachträgliche Disposition des Absenders, und wenn gar kein Frachtbrief ausgestellt ist, der in irgend einer Weise als Empfänger Bezeichnete gleich. [3])

2. In der Pflicht zur Aushändigung liegt auch die Pflicht zur **Avisirung** des Guts, falls dasselbe vom Empfänger beim Frachtführer abzuholen ist. [4]) Ob auch Bringgut zu avisiren ist, hängt von den Umständen ab, z. B. ob Beschaffenheit oder Quantität desselben besondere Vorkehrungsmassregeln zur Unterbringung erfordern. Die Eisenbahn braucht nur Holgut zu avisiren, falls nicht dasselbe Bahnhof restante gestellt ist, oder falls nicht der Empfänger sich schriftlich die Avisirung ein für alle Mal verbeten hat. Sie avisirt in der Form einer schriftlichen Nachricht, welche dem Adressaten durch Boten, Post oder sonst übliche Gelegenheit zugesendet wird. Bei gewöhnlichen Gütern erfolgt der Avis spätestens nach deren Ankunft und Bereitstellung; dagegen werden Eilgüter, sofern nicht aussergewöhnliche Verhältnisse (z. B. Elementarereignisse, Güteranhäufungen) eine längere Frist unvermeidlich machen, und sofern das Gut nicht nach 6 Uhr Abends ankommt, binnen 2 Stunden nach der Ankunft avisirt. [5]) Hat die Bahn **zu früh** avisirt, so dass das avisirte Gut nicht spätestens innerhalb 1 Stunde nach dem Eintreffen des Abholers bereit gestellt ist, so haftet sie für den Ersatz der durch die vergeblich versuchte Abholung verursachten Kosten. [6])

3. Ob der Frachtführer das Gut dem Empfänger in seine Wohnung bezw. in sein Geschäftslokal u. dgl. zu überbringen hat (Bringgut), oder ob der Empfänger dasselbe beim Frachtführer abholen muss (Holgut), ist Thatfrage und hängt namentlich von den Betriebseinrichtungen des Frachtführers ab. So hat beim Wassertransport der Empfänger das Gut ebenso regelmässig aus dem Schiff abzunehmen, als es der gewöhnliche Frachtfuhrmann dem Empfänger vor das Haus zu fahren hat. Irrig ist es, aus der **Ablieferungspflicht** die Pflicht zur **Ueberbringung** zu folgern.[7]) Denn der Begriff der Ablieferung hat für sich allein keine lokale Beziehung, und Art. 403 verlangt nur im Allgemeinen Aus-

---

gegenüber dem Absender während des Transports, Art. 403 nach Beendigung des Transports; Art. 404 von den Verpflichtungen des Frachtführers gegenüber dem Empfänger während des Transports, Art. 405 nach Beendigung des Transports. Man beachte diesen Parallelismus und den Wortlaut des Art. 403, der wohl auf eine in der Person des Empfängers zu erfüllende, aber durchaus nicht auf eine gegenüber der Person des Empfängers bestehende Verpflichtung passt!

[2]) R.O.H.G. II 58 S. 352, 253, VIII 6 S. 28, 29, XXV 78 S. 330–333. — Regl. § 64 Abs. 3.

[3]) Eger II S. 148–151.

[4]) R.O.H.G. VIII 6 S. 29, XIV 90 S. 279.

[5]) Regl. § 59 Abs. 4, 8 S. 2, Abs. 9 Z. 1 Al. 2. Dazu Eger II S. 160–165, 175, 181, 185–188.

[6]) Regl. § 60 Z. 3 Abs. 2. Dazu Eger II S. 210–212.

[7]) So R.O.H.G. II 93 S. 416; vgl. VII 27 S. 101, 102.

händigung am Bestimmungsort, diese aber kann sowohl durch Ueberbringen, wie durch Abholen bewerkstelligt werden.[8])

Bezüglich der Eisenbahnen ist zu unterscheiden, ob sie Rollfuhren eingerichtet haben oder nicht. Wo Rollfuhren bestehen, werden die Güter mit Ausnahme der Bahnhof restanten dem Empfänger zugefahren; nur nicht denjenigen Adressaten, welche nach einer bei der Güterexpedition rechtzeitig und schriftlich eingereichten Anzeige ihre Güter selbst abholen oder sich anderer als der von der Bahn bestellten Fuhrunternehmer bedienen wollen. Doch kann die Eisenbahn im allgemeinen Verkehrsinteresse (z. B. wegen drohender Stauung der Güter, wegen Gefährlichkeit der Selbstabholung durch Rangirbewegungen u. dgl.) mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde dieses Abholungsrecht (zeitlich oder räumlich) beschränken oder ganz aufheben und zwar auch in Ansehung der Bahnhof restanten Güter. Ausserdem sind jedenfalls diejenigen Güter, welche nach steueramtlichen Vorschriften oder aus andern Gründen (z. B. zu statistischen Zwecken, zu sanitären oder zu Kontrolmassregeln u. dgl.) nach Packhöfen oder Niederlagen gefahren werden müssen, von der Selbstabholung zum Zwecke der Ueberführung in die Packhöfe oder steueramtlichen Niederlagen ausgeschlossen.[9]) Die Ablieferung des Holguts erfolgt bei Stückgütern, wenn dieselben nicht ausnahmsweise vom Empfänger selbst abzuladen sind, in den Expeditionslokalen bezw. auf den Güterböden, dagegen bei Wagenladungsgütern durch Stellung der Wagen zur Entladung auf den Entladungsplätzen.[10])

4. Was die **Zeit** der Aushändigung anbelangt, so ist jedenfalls die Lieferungszeit einzuhalten, wenn sich der Frachtführer nicht die Folgen der Versäumung derselben zuziehen will. Abgesehen davon aber ergibt sich aus den Bestimmungen der Art. 402 und 403, dass der Frachtführer das Gut nicht vor der Ankunft am Bestimmungsort an den Empfänger ausliefern darf, falls der Absender ihn nicht dazu ermächtigt hat;[11]) sonst haftet er dem Absender wegen Verlusts. Es ergibt sich ferner daraus, dass er nach der Ankunft des Guts am Bestimmungsort dasselbe sofort aushändigen darf, **wenn auch die Ankunft eine erfrühte sein sollte.** Dann aber ist es selbstverständlich, dass er nach der Ankunft am Bestimmungsort nicht zu beliebiger Zeit, wenn auch unter Einhaltung der Lieferungsfrist, aushändigen bezw. avisiren darf, sondern dass er so rasch als es sich mit dem ordnungsmässigen Geschäftsgang verträgt, seiner Ablieferungspflicht nachkommen muss. Die Beobachtung der Lieferungsfrist schützt ihn nur gegen die Nachtheile der Verspätung, aber nicht gegen die Vertretung anderweitigen Schadens, der durch ordnungsmässige alsbaldige Aushändigung bezw. Avisirung hätte vermieden werden können (z. B. Untergang, Beschädigung des Guts).

---

[8]) Für präsumtives Ueberbringen: Anschütz Art. 403 S. 446. Endemann S. 729 Not. 36. Eger II S. 146. Wie hier Hahn Art. 403 § 2 S. 639. Zweifelhaft Puchelt Art. 392 Anm. 4 S. 352, Art. 403 Anm. 6 S. 381.

[9]) Regl. § 59 Abs. 5—8 und dazu Eger II S. 165—175.

[10]) Regl. § 59 Abs. 9 und dazu Eger II S. 179, 180.

[11]) Vgl. Art. 404 a. E. — Formel: „Gut zur Disposition des NN.“ Endemann S. 736 Not. 5, S. 738. Eger II S. 97.

Desshalb schreibt Regl. § 57 Abs. 6 vom Gesichtspunkte der Lieferungsfrist aus vor, dass der Avis innerhalb derselben zur Post zu geben oder dem Empfänger auf andere Weise wirklich zuzustellen ist, während Regl. § 59 Abs. 4 und Abs. 10 vom Standpunkt der ordnungsmässigen Aushändigung aus befiehlt, dass der Avis spätestens nach Ankunft und Bereitstellung der transportirten Güter bezw. bei Eilgütern binnen 2 Stunden nach der Ankunft derselben zugesendet werden muss. Und desshalb bestimmt das Regl. § 57 Abs. 6 vom Standpunkt der Lieferungszeit aus, dass dieselbe gewahrt ist, wenn Bringgut vor ihrem Ablauf an die Behausung oder an das Geschäftslokal des Empfängers zugeführt ist, während es in § 59 Abs. 10 unter dem Gesichtspunkt ordnungsmässiger Aushändigung verordnet, dass Eilgüter binnen 6 Stunden nach ihrer Ankunft dem Adressaten zugeführt werden müssen. Da in Bezug auf gewöhnliche Güter das Reglement keine näher bestimmte Aushändigungsfrist vorschreibt, so sind dieselben, falls sie Bringgut sind, so rasch dem Empfänger zuzuführen, als es der ordnungsmässige Geschäftsgang erlaubt.[12]) Bei Holgut hat die Eisenbahn dem Empfänger eine lager- bezw. wagenzinsfreie Zeit behufs Abnahme der Güter einzuräumen. Dieselbe ist für Stückgüter und solche Wagenladungsgüter, deren Entladung der Bahn obliegt, im Tarife festzustellen und darf nicht weniger als 24 Stunden tempus continuum betragen, innerhalb welcher die Güter zu den vorgeschriebenen Geschäftsstunden abzunehmen sind. Der Lauf dieser Frist beginnt bei avisirten Gütern mit der Absendung bezw. dem Empfange des Avises, bei Bahnhof restanten und bei Gütern derjenigen Empfänger, welche sich die Avisirung ein für alle Mal verbeten haben, mit der Ankunft des Guts. Dagegen bei Gütern, deren Entladung der Empfänger selbst zu besorgen hat, ist es jeder Bahnverwaltung frei gestellt, durch besondere gehörig publizirte Vorschriften beliebige Normen über die Entladungsfristen (gewöhnlich 12 Stunden tempus utile) aufzustellen. Zwischenfallende Sonn- und Festtage werden überall nicht mitgerechnet.[13])

5. Der Frachtführer hat mit dem Frachtgute auch den Frachtbrief und die anderweitigen Begleitpapiere auszuhändigen.[14])

II. Der Frachtführer hat nach seiner Ankunft am Bestimmungsort nicht bloss die Pflicht, sondern auch das Recht, das Gut an den Empfänger abzuliefern, um dadurch der Sorge für dasselbe und seiner strengen Verwahrungspflicht ledig zu werden. Liegt ein **Ablieferungshinderniss** vor, so räumt ihm Art. 407[15]) verschiedene Befugnisse ein.

---

[12]) Vgl. Regl. § 56 Abs. 2, 3. — Doch wird an Sonn- und Festtagen gewöhnliches Frachtgut gar nicht und Eilgut nur in den ein für alle Mal bestimmten, durch Aushang in den Expeditionslokalen bzw. auch in einem Lokalblatt publizirten Tageszeiten verabfolgt. Regl. § 56 Abs. 2, 3. Dazu Eger II S. 194—197.

[13]) Regl. § 59 Abs. 9 Z. 1—3 und dazu Eger II S. 180—184.

[14]) Art. 403 erwähnt des Frachtbriefs nicht, wohl aber Art. 405 u. Regl. § 59 Abs. 1 S. 1. Eger II S. 107, 108, 152, 160.

[15]) Preuss. Entw. Art. 314. Entw. I. Les. Art. 342. Entw. II. Les. Art. 380. — Prot. S. 807, 808, 1238, 1239, 4736, 4737. Monit. 463—466. — Art. 407 ist eine Nachbildung

1. Ein Ablieferungshinderniss liegt in folgenden Fällen vor:

a. **Wenn der bezeichnete Empfänger des Guts nicht auszumitteln ist,** z. B. weil die Adresse unrichtig, oder weil der Empfänger gestorben oder verzogen, oder weil die zur Bezeichnung des Empfängers in Aussicht gestellte Order dem Frachtführer nicht zugekommen ist, oder weil bei Bahnhof restante adressirten Sendungen der Empfänger sich nicht innerhalb der reglementarischen Frist gemeldet hat.[16])

b. **Wenn der ermittelte Empfänger die Ab- oder Annahme verweigert,** gleichgültig aus welchen Gründen und gleichgültig ob die Gründe gerechtfertigt sind oder nicht. Eine Annahmeverweigerung liegt auch im Annahmeverzug, und unter Annahmeverzug kann auch der Fall subsumirt werden, dass Bahnhof restante adressirte Güter über die reglementarische Frist hinaus ohne Meldung des Empfängers lagern.[17])

c. **Wenn Streit über die Annahme entsteht,** z. B. über die Voraussetzungen und Modalitäten der Annahme, über die Vorleistungspflicht des Frachtführers oder Empfängers, über die Legitimation des letzteren, insbesondere wenn mehrere Ladescheinsinhaber sich melden oder der Ladeschein verloren ist, über die Begründetheit von Einreden aus der Person eines Vormannes u. dgl.[18])

d. **Wenn Streit über den Zustand des Gutes,** über dessen Qualität oder Quantität **entsteht.**

Dazu fügt noch das Reglement[19]) den ganz generellen Grund:

e. **wenn die Abgabe des Guts nicht thunlich ist,** worunter alle möglichen Hindernisse subsumirt werden können.

Ein Ablieferungshinderniss setzt in der Regel die Ankunft des Guts am Bestimmungsort voraus. Doch kann ein solches auch unterwegs eintreten, wenn die Fortsetzung des Transports aus irgend einem Grund unmöglich und dadurch der Transport beendigt worden ist.[20])

2. Liegt eines dieser Ablieferungshindernisse vor, so hat jeder Betheiligte, sowohl der Frachtführer, als der Empfänger, als der Absender, als auch jeder dritte an dem Erfolg des Transports Interessirte, z. B. der Versender,[21]) der Versicherer u. s. w. folgende Befugnisse:

a. Er kann zur Sicherung des Beweises für den Fall etwaiger Entschädigungsansprüche **den Zustand des Guts durch Sachverständige feststellen lassen.**

---

des C. d. c. art. 106. Span. H.G.B. Art. 218, 222. Wetboek art. 94. Die gleichen Prinzipien finden sich auch in Art. 348 und Art. 365; und ebenso schliesst sich an Art. 407 an das Regl. § 61 Abs. 1, 4, 5, 6. Dazu Eger II S. 390—453.

[16]) Vgl. Regl. § 61 Abs. 1.

[17]) R.O.H.G. VIII 77 S. 320. Eger II S. 441.

[18]) R.O.H.G. II 55 S. 238, 239, XIV 88 S. 273, XX 94 S. 377—379, XXV 78 S. 331. — Arg. Art. 648.

[19]) § 61 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 und dazu Eger II S. 440, 441.

[20]) Vgl. Regl. § 61 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 „Güter, deren Abgabe nicht thunlich geworden." R.O.H.G. VIII 77 S. 320, 321. Eger II S. 403, 404, 440, 441.

[21]) R.O.H.G. I 53 S. 183 „Kommittent".

α. Diese Sachverständigen werden auf sein Ansuchen durch das Amtsgericht der gelegenen Sache ernannt.[22]) Auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der C.P.O. entsprechende Anwendung.[23])

β. Ueber das Ansuchen um Ernennung von Sachverständigen wird die Gegenpartei gehört, wenn sie am Orte anwesend ist; unter derselben Voraussetzung ist sie auch zu der von den Sachverständigen vorzunehmenden Besichtigung des Gutes einzuladen: beides bei Vermeidung der Formwidrigkeit des ganzen Verfahrens.[24]) Ist der Gegner nicht ortsanwesend, so hängt es vom Ermessen des Gerichts ab, ob es ihn vor Erlass seiner Verfügung zunächst hören will oder nicht.[25])

γ. Das Ansuchen um Ernennung von Sachverständigen muss kurz substantiirt sein durch Anführung des Ablieferungshindernisses und des Interesses des Antragstellers, sowie durch Bezeichnung der Gegenpartei und der etwa erforderlichen Bescheinigungsmittel.

δ. Die Sachverständigen haben ihr Gutachten schriftlich bei Gericht einzureichen oder mündlich zum Gerichtsprotokoll zu erstatten.

ε. Dieses Gutachten hat, als in perpetuam rei memoriam abgegeben, innerhalb des Prinzips der freien Beweiswürdigung **formell** dieselbe Beweiskraft, wie die mündlichen Aussagen von Sachverständigen vor dem Prozessgericht.[26]) Seine **materielle** Beweiskraft hängt von seinem Inhalt ab und von den Umständen, unter denen die Besichtigung und Untersuchung der Sachverständigen stattgefunden hat, insbesondere auch von der Zeit ihrer Vornahme, ob gleich nach Ankunft des Guts oder erst nach Ablauf einer gewissen Zeit. Jedenfalls muss

[22]) Art. 407 Abs. 2 vbd. m. Einf.Ges. zur C.P.O. § 13 Abs. 4 u. m. C.P.O. § 448 Abs. 2, 3.

[23]) Einf.Ges. zur C.P.O. § 13 Abs. 4; also C.P.O. § 369, 371—374 (Ernennung), § 375 (Beeidigung), § 376, 377 (Vernehmung). Dagegen kommen nicht in Anwendung die von der Sicherung des Beweises geltenden Vorschriften des § 447—455 mit Ausnahme der erwähnten Kompetenzbestimmung des Art. 448, obschon das Verfahren des Art. 407 den nehmlichen Zweck verfolgt. In Folge des Einf.Ges. zur C.P.O. sind auch die Bestimmungen derjenigen Einf.Gesetze zum H.G.B. abrogirt, welche das Ansuchen bei Gericht für entbehrlich erklären, wenn Sachverständige für vorkommende derartige Fälle bereits ein für alle Mal im Voraus vom Gericht bestellt sind. Vgl. R.O.H.G. I 53 S. 182, 183 und die dort in der Not. * angeführten Einführungsgesetze und Thöl S. 60 Nr. 4, dessen in § 35 entwickelte Ansichten mit der deutschen Rechtseinheit unverträglich sind. Unklar und theilweise irrig auch Eger II S. 407–409, 412, 413, 461 und im Widerspruch mit S. 427, 565.

[24]) Art. 407 Abs. 5 spricht zwar bloss vom Ansuchen um Ernennung von Sachverständigen, allein mit Recht hat das R.O.H.G. diese Bestimmung extensiv interpretirt. R.O.H.G. XVII 42 S. 181 vbd. mit XI 82 S. 245, 246, XXI 63 S. 199. Vgl. Eger II S. 414, 432—437.

[25]) R.O.H.G. XVII 42 S. 181—184.

[26]) Hahn Art. 348 § 7 S. 324. Dieser Satz ist allerdings nicht in Art. 407 ausgesprochen (Thöl S. 61), er versteht sich aber von selbst. Prot. S. 4736, 4737. Vgl. C.P.O. § 454 Abs. 1.

das Gutachten auf eigener Besichtigung und Prüfung der Sachverständigen beruhen.[27]) Die Feststellung des Zustandes des Guts kann zugleich eine gutachtliche Aeusserung über den Umfang der durch die vorgefundenen Beschädigungen. Mängel oder Defekte herbeigeführten Werthverminderung bezw. über die Höhe des Schadens enthalten.[28]) Beweiseinreden und Gegenbeweis werden der Gegenpartei durch das Gutachten nicht abgeschnitten.[29]) Anderseits kann aber der Antragsteller selbst das Gutachten später im gewöhnlichen Beweisverfahren bekräftigen und vervollständigen, oder aber anfechten und entkräften.[30])

ζ. Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsteller zu tragen, jedoch vorbehaltlich des Anspruchs auf Wiedererstattung gegen den im späteren Prozess Unterliegenden.

η. Art. 407 begründet bloss ein Recht, aber keine Pflicht zur Feststellung des Zustandes des Guts in der von diesem Artikel normirten Weise.[31]) Desshalb kann diese Feststellung sowohl überhaupt unterbleiben, als auch in jeder andern Art und Weise, insbesondere durch andere denn gerichtlich speziell ernannte Sachverständige stattfinden, gleichgültig ob dieselben im Voraus für gewisse Arten von Gutachten öffentlich bezw. gerichtlich bestellt, oder ob sie einfach sachkundige Leute sind,[32]) als auch in den civilprozessualen Formen des Beweises zum ewigen Gedächtniss vor sich gehen.[33]) Nur die Eisenbahnen haben bis zu einem gewissen Grad die Konstatirungspflicht, aber ohne gerichtliche Mitwirkung. Nehmlich:

αα. In allen Verlust- und Beschädigungsfällen haben sie ex officio die eingehendsten Recherchen anzustellen[34]) und auf Erfordern der Berechtigten aktenmässige und genaue Mittheilungen über das Resultat der Nachforschungen zu geben.[35])

ββ. Im Falle von Verminderung oder Beschädigung hat die Eisenbahn jedenfalls in Gegenwart von unparteiischen Zeugen und womöglich auch des Reklamationsberechtigten das Gewicht und den sonstigen Thatbestand, insbesondere die wirkliche oder wahrscheinliche Ursache der Beschädigung, und nach Umständen

---

[27]) R.O.H.G. I 53 S. 182, XII 80 S. 248—251. Thöl S. 60, 61.

[28]) R.O.H.G. I 53 S. 182. O.A.G. Dresden vom 23. Aug. 1870 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 574, 575. Alauzet comm. ad art. 106.

[29]) R.O.H.G. I 53 S. 183, VIII 63 S. 250—252, XIII 112 S. 359, XV 76 S. 271, XVI 97 S. 385, 386, XXIII 99 S. 303. Thöl S. 61. Eger II S. 416.

[30]) R.O.H.G. XIII 112 S. 359, 360, XXIII 99 S. 303.

[31]) Anders C. d. c. art. 106 al. 1; R.O.H.G. XII 99 S. 298, 299. Anders auch Art. 610; R.O.H.G. IX 120 S. 438, 439.

[32]) Diese Sachverständigen können natürlich nur als sachverständige Zeugen behandelt werden. C.P.O. § 379.

[33]) C.P.O. § 447—455. R.O.H.G. I 53 S. 182, 183; vgl. auch VI 78 S. 345, 346, VIII 77 S. 329, IX 120 S. 438, 439, XII 39 S. 118. — Goldschmidt II S. 55, 56. W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. VIII S. 472 Not. 16 und Eisenbahntransportrecht S. 72 Not. 16. Thöl S. 60. Eger II S. 399, 404, 405, 413, 496. Sirey-Gilbert ad C. d. c. art. 106 n°. 9, 10, 12.

[34]) Nicht immer gerade sofort; R.O.H.G. XII 39 S. 116—119.

[35]) Regl. § 64 Abs. 6. R.O.H.G. XXI 7 S. 20-22. Eger II S. 454, 455.

unter Beiziehung von Sachverständigen den am Gute eingetretenen Schaden, d. h. die Grösse der Beschädigung und deren Werthabschätzung feststellen zu lassen.[36])

b. Jeder Interessent, — namentlich aber der Frachtführer, um sich von der ferneren Sorge für das Gut zu befreien —, kann beim Amtsgericht der gelegenen Sache **beantragen, dass das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Spediteur niedergelegt werde.** Das Gesuch muss wieder durch Angabe des Ablieferungshindernisses und des Interesses an der beantragten Deposition, sowie durch Bezeichnung der Gegenpartei und der erforderlichen Bescheinigungsmittel substantiirt sein. Der anwesende Gegner **muss**, der abwesende **kann** gehört werden, wenn das Gericht es für zweckmässig erachtet.[37]) Das Gericht erlässt alsdann nach vorausgegangener summarischer Kognition eine Verfügung, die je nach Lage der Sache dem Gesuche statt gibt oder dasselbe zurückweist. Diese Verfügung ist aber kein Urtheil, und desshalb nur Beschwerde, aber nicht Berufung dagegen zulässig.[38]) Die Deposition geschieht im Namen und unter Verantwortlichkeit des Antragstellers für die Wahrheit und Vollständigkeit seiner Angaben. Ebenderselbe hat auch nöthigenfalls die Depositionskosten vorzuschiessen, vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen denjenigen, welcher die Deposition verschuldet hat.

c. Jeder Interessent, — namentlich der Frachtführer, um möglichst rasch zu seinem Geld zu kommen[39]) —, kann beim Amtsgericht der gelegenen Sache **beantragen, dass das Gut ganz oder zu einem entsprechenden Theil behufs Bezahlung der Fracht und der übrigen Forderungen des Frachtführers öffentlich verkauft wird.** Das Gesuch wird durch Angabe des Ablieferungshindernisses, des Interesses des Antragstellers am Verkaufe, der Nothwendigkeit bezw. Zweckmässigkeit desselben, sowie durch Bezeichnung des Gegners und der erforderlichen Bescheinigungsmittel substantiirt. Bezüglich des Verfahrens und bezüglich der Natur der richterlichen Verfügung gilt im Allgemeinen das sub b Ausgeführte. Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

α. Der Verkauf darf nur behufs Bezahlung der Fracht und der übrigen Forderungen des Frachtführers verfügt werden, also nicht zur Befriedigung der Forderungen eines andern Interessenten. Unter den „übrigen Forderungen" des Frachtführers sind nur solche Forderungen zu verstehen, welche mit dem konkreten Frachtgeschäft zusammenhängen, also insbesondere Liege- und Lagergelder, Zollgelder und andere Auslagen, desshalb auch auch verauslagte Nachnahmen. Doch kann sich die Anordnung des Verkaufs nach Lage der Verhältnisse

---

[36]) Regl. § 64 Abs. 9 und dazu Eger II S. 455—459.

[37]) „Das Anhören der anwesenden Gegenpartei entspricht jedenfalls der Billigkeit und wird nicht selten zur Vereinfachung der Sache und zur Herbeiführung von Vergleichen beitragen." Mot. z. Preuss. Entw. S. 174.

[38]) R.O.H.G. II 55 S. 238, 239. Laband in Goldschmidts Zeitschr. IX S. 475, 476. Eger II S. 418, 420, 423, 430.

[39]) Mot. z. Preuss. Entw. S. 173; aber auch der Empfänger, welcher nur unter Vorbehalt das Gut annehmen und den widerspenstigen Frachtführer durch Verkauf eines zu dessen Befriedigung hinreichenden Theils der Waare beseitigen will.

nicht bloss auf einen Theil, sondern auch auf das ganze Frachtgut erstrecken. Dass die Forderungen des Frachtführers unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind, ist nicht nothwendig; der Verkauf findet trotzdem statt, nur wird der Erlös deponirt, falls der Frachtführer keine Kaution stellen kann.[40])

β. Der Verkauf muss stets ein **öffentlicher** sein. Die Form des öffentlichen Verkaufs hängt von der Ortsüblichkeit ab; in der Regel findet öffentliche Versteigerung durch die dafür bestimmten Behörden oder Beamten bezw. durch konzessionirte Auktionatoren statt.[41])

γ. Der Verkauf geht auf Gefahr und unter Verantwortlichkeit des Antragstellers vor sich. Die gerichtliche Mitwirkung und Genehmigung dient zum Schutze der andern Interessenten. Hat der Antragsteller durch unrichtige oder unvollständige Angaben die richterliche Verfügung extrahirt, so ist er dem durch den Verkauf Beschädigten schadenersatzpflichtig. Dagegen ist er in Folge der gerichtlichen Mitwirkung gegen die nachtheiligen Folgen des vom Richter auf Grund richtiger und vollständiger Sachdarstellung angeordneten Verkaufs gedeckt.[42])

δ. Der Verkauf kann auch in dem Fall verfügt werden, wo der Destinatär die Annahme des Guts wegen Minderung oder Beschädigung desselben zurückweist.[43]) Nur muss der Richter hier zuvor den Zustand des Guts feststellen lassen, entweder auf Antrag der anwesenden Gegenpartei, oder ex officio bei Abwesenheit derselben.

ε. Aus dem Verkaufserlös werden zunächst die Kosten des Verfahrens bestritten. Der nicht zur Deckung der Forderungen des Frachtführers erforderliche Ueberschuss ist dem Absender zuzustellen. Werden durch den Erlös die Ansprüche des Frachtführers nicht vollständig gedeckt, so steht ihm wegen des Ausfalls der Regress gegen den Absender zu.[44])

d. Diese 3 Massregeln können sowohl vereinzelt als auch in der einen oder andern Weise mit einander kombinirt angeordnet werden.[45]) Dagegen kann das Gericht auf Grund von Art. 407 keine andern als die darin vorgesehenen Massregeln verfügen, also nicht z. B. den Rücktransport zum Absender.[46])

3. Die Depositions- und die Verkaufsbefugniss des Art. 407 sind zwar formell

---

[40]) Prot. S. 4760, 4761. R.O.H.H. XVII 42 S. 183.

[41]) R.O.H.G. XIV 106 S. 330—335, XVI 27 S. 93. — Goldschmidt I 2 S. 941. Anschütz Art. 311 S. 187 III. Puchelt Art. 311 Anm. 13 S. 124. Eger II S. 429, 430.

[42]) Puchelt Art. 407 Anm. 8 S. 390. Hahn Art. 407 § 5 S. 661. Vgl. auch O.Trib. Berlin vom 16. Dezbr. 1869 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 575, 576. Endemann S. 733 Not. 18.

[43]) A. M. Pardessus n°. 549 und Duverdy, traité du contrat de transport (2. éd.) n°. 129, weil sonst die Konstatirung der Mangelhaftigkeit des Guts und die Indemnisirung des Beschädigten durch Zurückbehaltung der Fracht unmöglich würde. Aber Arrest!

[44]) R.O.H.G. XV 12 S. 35.

[45]) Vgl. den Fall in Löhrs C.O. N. F. II S. 65—67.

[46]) So richtig Eger II S. 421. A. M. Puchelt Art. 407 Anm. 5 S. 389. Zweifelhaft Hahn Art. 407 § 5 S. 661.

eigenartige Rechte, materiell aber stellen sie sich als Ausflüsse anderweitiger im Handels- oder Civilrechte begründeter Rechte dar; so beim Frachtführer als Ausfluss von dessen Retentions- und Pfandrecht;[47]) beim Empfänger als Folge der ihm in Art. 405 eingeräumten Befugniss, sich die Disposition über das Gut zu verschaffen; beim Absender als Konsequenz seiner bis zur Ablieferung des Frachtbriefs dauernden Verfügungsgewalt, und bei andern Betheiligten als Wirkung ihres rechtlichen Interesses am Gute. Sind nach anderweitigen handels- oder civilrechtlichen Normen Depositions- oder Verkaufsbefugnisse begründet,[48]) oder stehen darnach den Betheiligten andere zur Wahrung der Interessen geeignete Befugnisse zu, wie z. B. Rücktransport zum Absender, so sind dieselben durch Art. 407 nicht ausgeschlossen. Ebenso sind vertragsmässige oder reglementarische Modifikationen dieses Artikels zulässig.[49]) Solche Modifikationen hat das Regl. § 61[50]) eingeführt. Dieselben sind folgende:

a. Liegt ein Ablieferungshinderniss vor, so kann die Eisenbahn

α. die Güter auf Gefahr und Kosten des Absenders auf der betreffenden Station lagern lassen. Doch ist der letztere mit thunlichster Beschleunigung davon zu benachrichtigen, damit er anderweitige Disposition treffen kann, wozu er bei Vermeidung der Verzugsfolgen umgehend verpflichtet ist. Versäumt die Eisenbahn die Avisirung, so haftet sie für den daraus entstandenen Schaden.[51])

β. Sie kann die Güter unter Nachnahme ihrer darauf haftenden Kosten und Auslagen in ein öffentliches Lagerhaus oder bei einem bewährten Spediteur auf Lager übergeben und sie da zur Disposition des Absenders unter sofortiger Benachrichtigung desselben stellen. Einer gerichtlichen Verfügung bedarf es dazu nicht. Die Deposition geschieht für Rechnung und Gefahr dessen, den es angeht, des Absenders des Empfängers oder eines dritten Interessenten, so dass sich der Depositar wegen seiner Spesen nicht an die Eisenbahn halten kann.[52])

γ. Sie kann die Güter verkaufen, aber nur unter einer dreifachen Alternative:

αα. wenn sie dem schnellen Verderben ausgesetzt sind,[53]) oder

ββ. wenn sie der Versender nicht zurücknimmt, obschon die Bahn die Zurücknahme anbietet, oder

γγ. wenn der Absender nicht zu ermitteln ist.

[47]) Hahn Art. 407 § 5 S. 661. Duverdy n°. 129.

[48]) Vgl. z. B. Art. 310, 343 Abs. 2, 3, Art. 345, 365, 409. Negotiorum gestio.

[49]) R.O.H.G. VIII 77 S. 320. Eger II S. 420, 421, 424, 426, 428.

[50]) Abs. 1, 4—6. Vgl. dazu Eger II S. 437—453.

[51]) Regl. § 61 Abs. 1 S. 1. Vgl. Entw. v. 1874 § 47 Abs. 7. — Ueber die Haftung der Eisenbahn während der Zeit der Verwahrung s. o. § 340 V 2 S. 337, 338. Nicht ganz richtig Eger II S. 441, 442.

[52]) Regl. § 61 Abs. 1 S. 2. Eger II S. 444—446 und die cit. Urtheile.

[53]) Dieser Passus ist von Eger II S. 449 missverstanden. Der Gedankengang des Reglements ist offenbar folgender: Bei Ablieferungshindernissen soll die Eisenbahn das Gut dem Absender zur Zurücknahme anbieten, und erst wenn dieser es nicht zurücknimmt oder nicht aufzufinden ist, soll es die Bahn verkaufen dürfen. Anders ist es bei leicht verderblichen Gütern; diese soll die Bahn sofort verkaufen dürfen.

Güter, die dem schnellen Verderben ausgesetzt sind, kann die Bahn ohne Verzug, alle andern aber frühestens 4 Wochen nach Ablauf der lagerzinsfreien Zeit verkaufen. Der Verkauf findet ohne alle Förmlichkeit und insbesondere ohne jede gerichtliche Mitwirkung statt. Die Bahn hat nur bestmöglich, d. h. unter Rücksichtnahme auf die Interessen sämmtlicher Betheiligten und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verkaufen.[54]) Der Verkauf ist schlechtweg statthaft, nicht etwa bloss soweit, als er zur Bezahlung von Fracht und Auslagen erforderlich erscheint. Denn die Eisenbahn soll sich durch den Verkauf der Güter schlechthin entledigen dürfen. Aus dem Erlöse deckt sie sich zunächst für Fracht und Auslagen; den Rest hat sie dem Absender bezw. Eigenthümer des verkauften Guts zu übermitteln oder eventuell zu deponiren, andernfalls zu verzinsen.[55])

δ. Die Eisenbahn hat unter diesen drei Befugnissen wohl die Wahl, aber kein Variationsrecht zum Nachtheil der Interessenten.[56]) Allein selbstverständlich werden durch die Wahl der einen oder andern derselben andere handels- oder civilrechtliche Befugnisse nicht geschmälert, wie z. B. das Pfandveräusserungsrecht nach Art. 409 und die Verkaufsbefugniss auf Grund der negotiorum gestio bei raschem Verderb des Guts.[57])

b. **Herrenlose Güter**, welche sich im Bezirk der Eisenbahn vorfinden, müssen mindestens 3 Monate lang aufbewahrt werden; sind sie aber dem Verderb ausgesetzt, so können sie bestmöglich verkauft werden, und alsdann wird der Erlös bis zum Ablauf der dreimonatlichen Frist zur Disposition des Berechtigten gehalten. Nach Ablauf dieser Frist wird mit denselben nach Massgabe der bei den einzelnen Bahnen darüber bestehenden Bestimmungen verfahren. Im Uebrigen unterliegen dergleichen gefundene Gegenstände der in den Landesgesetzen vorgezeichneten Behandlung. Als herrenlose Güter sind solche zu betrachten, deren Absender bezw. Empfänger weder durch Eröffnung des Gutes selbst, noch durch öffentliche Ausschreibung zu ermitteln ist. Zum örtlichen Bezirk der Eisenbahn sind sämmtliche der Eisenbahn gehörigen oder zu ihrem Gewerbebetrieb benutzten Räumlichkeiten zu rechnen.[58])

---

[54]) R.O.H.G. VIII 77 S. 321, 322.

[55]) R.O.H.G. XV 12 S. 35, 36. — Regl. § 61 Abs. 4, 5 und dazu Eger II S. 446—452.

[56]) R.O.H.G. VIII 77 S. 322—324.

[57]) Das Regl. v. 1874 räumt der Eisenbahn nicht mehr wie das Nordd. B.Regl. v. 1870 B § 16 Abs. 1 a. E. die Befugniss des Rücktransports ausdrücklich ein, weil von derselben praktisch fast gar kein Gebrauch gemacht worden ist. Nichts destoweniger steht ihr dieselbe unter der Voraussetzung der neg. gestio immer noch zu. Vgl. Eger II S. 466.

[58]) Regl. § 61 Abs. 6, § 33. Vgl. Entw. v. 1874 § 61—64. Eger II S. 452, 453.

§ 342.

d. Haftung für Dritte.

I. Im gemeinen Rechte war es bestritten, ob auch der Landfrachtführer für den durch seine Gehilfen verursachten Verlust und Schaden am Frachtgut hafte. Diejenigen Schriftsteller, welche die römischen Receptsgrundsätze auf das Frachtgeschäft überhaupt ausdehnten, statuirten eine solche Haftung. Das Gleiche thaten aber auch solche, welche in dem Frachtgeschäft nur eine einfache locatio conductio operis sahen, während andere bloss die Haftung für culpa in eligendo et inspiciendo annahmen. Ein gleiches Schwanken machte sich in der Praxis geltend.[1]) Die grossen Partikulargesetzgebungen adoptirten mit der Receptshaftung des Frachtführers schlechtweg auch die Verantwortlichkeit des Frachtführers für den durch sein Personal herbeigeführten Verlust und Schaden.[2]) Viel weiter geht das in Art. 400 [3]) sanktionirte Prinzip. Denn darnach erstreckt sich die Haftung des Frachtführers für seine Leute und Gehilfen nicht bloss auf **Verlust** und **Beschädigung** des Frachtguts, sondern auch auf den **Nichtvollzug** und den **nicht rechtzeitigen** Vollzug des Transports. Es ist dieses Prinzip desshalb nicht eine Konsequenz des receptum,[4]) obschon es bis zu einem gewissen Grad aus demselben deducirt werden könnte, sondern eine Konsequenz der Frachtobligation als einer auf Leistung eines Resultats gerichteten Obligation, wonach der Obligirte für die Mittel einzustehen hat, deren er sich zur Herbeiführung dieses Resultats bedient.

II. Zu den Personen, für welche der Frachtführer haftet, gehören:

1. **Seine Leute**, d. h. die in seinem Gewerbebetriebe zur Vornahme gewisser Arbeiten angenommenen und angestellten Personen.

2. **Andere selbständige Personen, denen er sich bei Ausführung des Transports bedient,** also auch andere Frachtführer.[5])

Für **seine Leute** haftet er, insoweit deren Anstellung in seinem Frachtgewerbe ihnen die Veranlassung oder auch nur die Gelegenheit bot, störend auf die Ausführung des Transports einzuwirken. Es ist nicht nothwendig, dass dieselben mit der Ausführung des **konkreten** Transports beauftragt waren, ja sogar nicht einmal, dass ihre Anstellung unmittelbar auf die Ausführung von Transporten gerichtet ist.[6]) Ob diese Leute mit oder ohne seine Instruktion,

[1]) Vgl. **Goldschmidt** i. s. Zeitschr. III S. 362, 368, 369, IV S. 578 Nr. 7, XVI S. 352—367, 372, 373.

[2]) A. Pr. L.R. II 8 § 2459. Oesterr. G.B. § 970, 1360. Code civ. art. 1782, 1953.

[3]) Preuss. Entw. Art. 313 Abs. 1 u. Mot. S. 173 bezw. 165, 166. Entw. I. Les. Art. 338 Abs. 1. Entw. II. Les. Art. 374. — Prot. S. 815—818, 1230, 4720—4724. Monit. 446.

[4]) So **Eger** I S. 369—392; es ist der Grundirrthum der Darstellung von Eger, dass er den Art. 400 als Konsequenz des Art. 395 ansieht.

[5]) Art. 401 Abs. 1.

[6]) R.G. VIII 40 S. 126—128. — Diese weite Interpretation des Begriffs „seine Leute" ergibt sich aus der Entwickelungsgeschichte des Art. 400. Der Entw. I. Les. Art. 338 Abs. 1 bestimmte: „Der Frachführer haftet für die Ausführung des von ihm übernommenen Transports, gleichviel ob er ihn selbst oder ob er ihn durch seine Leute,

ob sie innerhalb oder ausserhalb ihrer Dienstfunktionen handeln, bleibt sich gleich, wenn sie nur im Frachtgewerbe angestellt sind. Dagegen ist der Frachtführer nach Art. 400 nicht für diejenigen seiner Leute verantwortlich, welche nicht in seinem Frachtgewerbe angestellt sind; denn diese sind nicht „seine Leute“ in **seiner Eigenschaft als Frachtführer.** Für diese steht er nur unter den nehmlichen Voraussetzungen ein, unter welchen er auch für dritte Personen einsteht.

Für **andere Personen,** deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient, haftet er nach Art. 400 nur, soweit und solange er ihre Hilfe bei Ausführung eines bestimmten Transports in Anspruch nimmt, mag er den Transport selber ausführen und sich ihrer nur als Gehilfen bedienen, oder mag er ihnen die Ausführung des Transports ganz oder zum Theil überlassen. Jenseits ihrer in Anspruch genommenen Dienstleistungen stehen sie dritten Personen ganz gleich.

Die Verantwortlichkeit des Frachtführers für seine Leute und Gehilfen nach Art. 400 erstreckt sich aber bloss auf die **Ausführung des von ihm übernommenen Transports,** dagegen nicht auf das, was vor der Transportübernahme oder nach der Ablieferung geschieht, und auch nicht auf die Ausführung derjenigen Geschäfte, welche der Frachtführer neben dem Transport zu besorgen übernommen hat.[7])

III. Der Frachtführer hat **alle** Handlungen und Unterlassungen seiner Leute und Gehilfen zu vertreten, die ein Zuwiderhandeln gegen den Inhalt der Frachtobligation involviren und die gänzliche oder theilweise Vereitelung ihrer Erfüllung herbeigeführt haben, mag es sich dabei um den Transport oder die Verwahrung oder die Ablieferung des Guts handeln. Soweit er das herbeigeführte Resultat zu vertreten hätte, wenn er selbst oder wenn er allein die Transportausführung besorgen würde, insoweit hat er es auch zu vertreten, falls er sich dazu seiner Leute und anderer Gehilfen bedient. Er kann sich nicht darauf berufen, dass er bei der Auswahl und Beaufsichtigung derselben die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers beobachtet habe. Denn er erfüllt seine Obligation nicht durch ordnungsmässiges Auswählen und Beaufsichtigen der zur Ausführung des Transports bestimmten Personen, sondern durch Ausführung des Transports selbst. Auch hat er die Handlungsweise dieser Personen nicht bloss überhaupt, sondern auch in ihrer jeweiligen Qualifikation zu vertreten; die bösliche Handlungsweise seiner Leute und Gehilfen wird ihm als eigene bösliche Hand-

---

oder durch andere Personen ausführt.“ Art. 374 des Entw. II. Les. lautete: „Der Frachtführer haftet für seine Leute, für die Zwischenfrachtführer und andere Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient.“ Daraus geht hervor, dass sich der Relativsatz im jetzigen Art. 400 nicht auf „Leute“ bezieht. Es ist demnach auch nicht richtig, wenn Thöl S. 53 meint, es komme auf den Begriff „seine Leute“ nichts an.

[7]) R.O.H.G. XI 108 S. 345, 346 und das bei Eger I S. 382 cit. U. des O.A.G. Rostock v. 3. Febr. 1868. — Hahn Art. 400 § 2 Abs. 2 S. 627. Puchelt Art. 400 Anm. 2 S. 372. Eger I S. 200, 376—388.

lungsweise imputirt.[8]) Was er aber in eigener Person nicht zu thun oder zu lassen hat, das hat er auch nicht in den Personen seiner Leute oder Gehilfen zu vertreten.[9]) Im Einzelnen haftet demnach der Frachtführer:

1. Wegen **Nichtausführung des Transports** in Folge Versagens dieser Personen. Hat dieses Versagen seinen Grund in ihnen selbst, so steht er unbedingt ein, weil er für die Erfolglosigkeit der von ihm gewählten Mittel schlechtweg einsteht. Liegt der Grund aber in äussern Verhältnissen, so steht er nur unter denselben Voraussetzungen ein, unter welchen er einstehen würde, wenn er selbst und allein den Transport ausgeführt hätte, also falls er oder diese Personen die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers vernachlässigt haben.

2. **Wegen Versäumung der bedungenen oder üblichen bezw. gesetzlichen Lieferungszeit.** Liegt der Grund in seinen Leuten und Gehilfen selbst, so haftet er wieder unbedingt. Liegt der Grund aber in äusseren Verhältnissen, so haftet er nur, wenn die Verzögerung nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers weder von ihm noch von diesen Personen hat abgewendet werden können.

3. Wegen **Verlusts und Beschädigung des Frachtguts.** Rührt der Verlust oder die Beschädigung von diesen Personen selbst her, so steht der Frachtführer unbedingt ein. Wurden Verlust oder Beschädigung aber durch dritte Personen oder durch äussere Ereignisse herbeigeführt, so haftet er nur dann, wenn keiner der in § 340 II entwickelten Exkulpationsgründe ihm zur Seite steht.

IV. Die Haftung des Frachtführers für seine Leute und Gehilfen ist eine **direkte und prinzipale,** keine sekundäre, kein Delcrederestehen. Denn in Bezug auf den Frachtführer kommt das Thun und Lassen seiner Leute und Gehilfen als der Organe seines Handelns dem Transportinteressenten gegenüber nicht als solches in Betracht, sondern nur als Ursache der Nichterfüllung der Frachtobligation, wofür der Frachtführer verantwortlich ist, falls er sich nicht exkulpiren kann. Haftet er also z. B. wegen Verzögerung, so haftet er nicht desshalb, weil diese Personen solche Handlungen und Unterlassungen sich zu Schulden kommen liessen, welche die Verzögerung herbeigeführt haben, sondern weil die Verzögerung im Widerspruch mit der von ihm zu erfüllenden Frachtobligation steht; dessgleichen haftet er nicht desshalb, weil seine Leute und Gehilfen das Frachtgut beschädigt oder verloren haben, sondern weil es beschädigt oder verloren ist.

Mit diesen Personen selbst kommt der Transportinteressent in keine obligatorische Beziehung, ausser insoweit sie sich eines Delikts oder Quasi-Delikts schuldig gemacht haben, also namentlich wegen Diebstahls oder Beschädigung des Frachtguts.[10]) In einem solchen Falle hat der Transportinteressent die Wahl, ob er den Frachtführer oder den Delinquenten ausklagen will.[11])

---

[8]) Art. 427 Abs. 2. — R.G. VII 40 S. 129, 130.

[9]) R.O.H.G. XII 39 S. 119.

[10]) Die frachtmässige Haftung des Unter- und Sammtfrachtführers beruht auf der Uebernahme einer selbständigen Frachtobligation. S. u. § 349.

[11]) Vgl. Hahn Art. 400 § 1 S. 626. Endemann S. 727. Eger I S. 374—376, 388—390.

V. Der Frachtführer haftet für das Gebahren seines Dienst- und Hilfspersonals in **demselben Umfang**, wie er für sein eigenes Gebahren haftet, also wegen Verletzung der Transport- und Auslieferungspflicht und der damit zusammenhängenden Pflichten, wegen Versäumung der Lieferungszeit, sowie wegen Verlusts oder Beschädigung des Frachtguts in Folge einer böslichen Handlungsweise dieser Personen für das volle Interesse, dagegen wegen einfachen Verlusts oder wegen einfacher Beschädigung bloss für den gemeinen Handelswerth bezw. den gemeinen Werth des Guts. Auch wird Anfang, Dauer und Ende der Haftung für das Dienst- und Hilfspersonal durch dieselben Momente bestimmt, welche für die Haftung aus eigener Person massgebend sind. Insbesondere wird die kurze Verjährungszeit des Art. 408 Abs. 3 durch die Handlungsweise der Leute und Gehilfen gerade so ausgeschlossen, wie durch die eigene Handlungsweise des Frachtführers.[12])

VI. Die Haftung des Art. 400 erstreckt sich bloss auf solche bei Ausführung des Transports vorgenommenen Handlungen des Dienst- und Hilfspersonals, wodurch die **Frachtobligation verletzt** wird. Qualifizirt sich eine Handlung sowohl als Verletzung der Frachtobligation wie auch als Delikt, so steht der Frachtführer für sie nur in ersterer Beziehung ein. Und führt eine Handlung nur eine ausserkontraktliche Beschädigung herbei, so haftet er für dieselbe als **Frachtführer** gar nicht, z. B. es wird beim Abladen ein anderer Gegenstand als das Frachtgut verletzt. Desshalb findet diese Haftung auch nur zu Gunsten des Absenders oder Empfängers statt, nicht auch zu Gunsten eines Dritten, der bei Ausführung eines Transports beschädigt worden ist.[13])

VII. Die Haftung des Art. 400 kann vertragsmässig gemindert oder ausgeschlossen werden; bei gewöhnlichen Frachtführern, soweit die bona fides es zulässt, bei Eisenbahnen nach Massgabe des Art. 423 ff. Durch eine solche Vertragsberedung wird dann der Kreis der Exkulpationsgründe des Frachtführers erweitert.[14])

§ 343.

e. Erlöschen der Ansprüche gegen den Frachtführer und Klageverjährung.

Die Ansprüche gegen den Frachtführer erlöschen in der gewöhnlichen Weise. Nur zwei Erlöschungsgründe werden im Interesse rascher und definitiver Erledigung der Verbindlichkeiten des Frachtführers in Art. 408[1]) besonders normirt.

---

[12]) R.G. VII 40 S. 129, 130.

[13]) Prot. S. 4518. R.O.H.G. XII 39 S. 119. — Puchelt Art. 400 Anm. 2 S. 372. Wäntig, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen S. 100.

[14]) Vgl. insbes. Art. 429 u. Regl. § 62, 67. — Eger I S. 391.

[1]) Preuss. Entw. Art. 315. Entw. I. Les. Art. 343. Entw. II. Les. Art. 381. — Prot. S. 830—832, 858, 1239, 4737, 4738, 5102. Monit. 467, 468.

I. Art. 408 Abs. 1 sagt: **„Durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht erlischt jeder Anspruch gegen den Frachtführer.“** [2])

1. „**Jeder** Anspruch“ ist zuviel gesagt. Die Bestimmung bezieht sich nur auf diejenigen Ansprüche, welche gegen den Frachtführer als **Frachtführer** begründet sind, welche m. a. W. aus der Verletzung des reinen Frachtverhältnisses hervorgehen, insbesondere auf die Ansprüche wegen Verminderung und Beschädigung, sowie wegen verspäteter Ablieferung des Frachtguts. Dabei ist es einerlei, wie sich die Verletzung der Frachtobligation subjektiv qualifizirt, ob als dolus, lata culpa, levis culpa oder vertretbarer casus. [3]) Die Bestimmung des Art. 408 Abs. 1 erstreckt sich nicht auf Ansprüche aus Nebenverabredungen und nicht auf Ansprüche, die erst durch Erfüllung der Frachtobligation begründet werden (z. B. cond. indebiti wegen tarifwidrig zu viel berechneter Fracht), nicht auf Deliktsansprüche, nicht auf dingliche Ansprüche, nicht auf die auf allgemeinen Fundamenten beruhenden gesetzlichen Ansprüche, wie z. B. die a. ad exhibendum auf Herausgabe des zurückbehaltenen Frachtbriefs. [4]) Innerhalb dieser Abgrenzung erlischt jedoch **jeder** Anspruch in so fern, als es auf seine subjektive Qualifikation nicht ankommt, [5]) und als er sowohl in der Form der Klage als der Einrede, sowohl gegenüber dem Empfänger als gegenüber dem Absender erlischt.

2. In der Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht liegt eine thatsächliche Billigung des ausgeführten Transports, eine Anerkennung der richtigen und rechtzeitigen Erfüllung der Frachtobligation. Dies ist der legislative Grund, warum das Gesetz an diese beiden Thatsachen nicht eine blosse Präsumtion, sondern geradezu das Erlöschen der Ansprüche gegen den Frachtführer knüpft. [6]) Dabei ist aber vorausgesetzt:

a. **Beide** Handlungen müssen vorgenommen sein. Es genügt weder die Annahme des Guts für sich allein, noch die Bezahlung der Fracht für sich allein. Doch kommt auf die Reihenfolge, in welcher beide Handlungen vorgenommen werden, Nichts an. [7])

b. Beide Handlungen müssen **nach Beendigung des Transports** vorgenommen sein. Wird auch nur Eine vor der Beendigung vorgenommen, so kann

---

[2]) Regl. § 64 Abs. 4 S. 2, § 69 Abs. 2 S. 1. C. d. c. art. 105. Wetboek art. 93 al. 1.

[3]) Anders Entw. d. R.Eisenbahnges. von 1874 § 46 Abs. 2 Z. 3 u. Mot. S. 78. Schweiz. Entw. § 29.

[4]) Regl. § 53 Abs. 2. R.O.H.G. XV 12 S. 33, 34. R.G. VI 28 S. 104, 105. H.A.G. Nürnberg v. 10. März 1873 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 578. — Hahn Art. 408 § 1 S. 662. Thöl S. 68. Eger II S. 486—489.

[5]) Nach dem Entw. v. 1874 § 46 Abs. 2 Z. 3 sollen die aus Absicht oder grober Fahrlässigkeit der Eisenbahn oder ihrer Leute herzuleitenden Ansprüche nicht erlöschen. Vgl. Mot. S. 78 und Schweizer Entw. § 29.

[6]) R.O.H.G. I 53 S. 181, VIII 49 S. 195, XIII 131 S. 415.

[7]) R.O.H.G. XIV 95 S. 295, XV 44 S. 143, 144. — Eger II S. 472. A. M. Wolff in Buschs Arch. 19 S. 489.

von einer Billigung der Transportausführung nicht die Rede sein. Desshalb ist die Annahme einer Frankosendung nicht von jener rechtlichen Folge begleitet,[8]) selbst dann nicht, wenn zur Annahme noch die Zahlung der einen oder anderen Spesen kommen sollte.[9])

c. Die Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht muss von dem im Frachtbrief bezeichneten **Empfänger oder einem legitimirten Vertreter** desselben geschehen sein. Gleichgültig ist es, wer Empfänger ist, ob der eigentliche Destinatär der Waare oder eine Zwischenperson, wie z. B. ein Theilfrachtführer oder ein Zwischen- bezw. Platzspediteur. Auch brauchen Annahme und Zahlung nicht gerade durch die nehmliche Person geschehen zu sein; der eine Legitimirte kann annehmen und ein anderer Legitimirter kann zahlen.[10]) Die Legitimation kann auf Vollmacht des Empfängers oder auf Verabredung zwischen dem Absender und dem Frachtführer beruhen (eine Art solutionis caussa adjectio). Insbesondere können Eisenbahnen reglementsmässig bestimmen und durch Bezugnahme auf das Reglement vereinbaren, dass nicht bloss an den Empfänger selbst, sondern auch an dessen Leute gültig abgeliefert werden kann. Eine solche Bestimmung enthält das Regl. § 64 Abs. 4 S. 2 und § 69 Abs. 2 S. 1. Ein Verstoss gegen Art. 423 liegt darin nicht, weil Art. 408 Abs. 1 bezüglich der Person des Annehmenden Nichts bestimmt, also auch in dieser Hinsicht von keiner absoluten Norm desselben die Rede sein kann, und weil Art. 403 welcher den Empfänger als legitimirten Empfangsberechtigten bezeichnet, nicht zu den in Art. 423 aufgeführten absoluten Artikeln gehört.[11])

d. Beide Handlungen müssen **vollständig** vorgenommen sein. Theilweise Annahme bezw. theilweise Zahlung der Fracht genügt nicht. Doch wird die Zahlung der Fracht durch Zahlungsversprechen bezw. Kreditirung derselben ersetzt.[12])

3. Aus dem legislativen Grund des Art. 408 Abs. 1 folgt:

a. Der Frachtführer wird nicht liberirt, wenn der Empfänger unter Vorbehalt aller seiner Ansprüche oder unter Protest annimmt und zahlt, ohne dass der Frachtführer den Vorbehalt zurückgewiesen bezw. Gegenprotest erhoben hat. Ein **einseitiger** Vorbehalt genügt als protestatio facto contraria nicht.[13]) Dagegen sind besondere Formalitäten, wie z. B. Feststellung des Schadens, Konstatirung des Gewichtsmankos u. dgl. für die Wirksamkeit des Vorbehalts

---

[8]) R.O.H.G. XIII 131 S. 415–417. H.A.G. Nürnberg vom 10. März 1873 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 578—580. H.A.G. München vom 6. Aug. 1875 in Buschs Arch. 40 S. 219. — Thöl S. 48. Eger II S. 471, 472, 483—485. — A. M. Wehrmann S. 211 u. Mot. zum Entw. d. R.E.Ges. v. 1874 ad § 46 S. 77.

[9]) Vgl. das von Puchelt II S. 393, 394 erwähnte U. d. R.O.H.G. v. 7. Nov. 1873.

[10]) R.O.H.G. XX 63 S. 231 ff.

[11]) Dem Resultate nach, aber nicht den Gründen nach übereinstimmend Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 612. Eger II S. 515. Hahn Art. 423 § 8 S. 720. A. M. Thöl S. 160, 161 u. H.R. Erörter. S. 16, 17.

[12]) Eger II S. 482, 483, 515. A. M. Wolff im C.O. N. F. III S. 164—166.

[13]) Prot. S. 830. R.O.H.G. I 53 S. 180, 181, XIII 131 S. 416; vgl. XV 12 S. 34; 105 S. 380, 384, 385. Seufferts Arch. XXV. 159. Hahn Art. 408 § 1 S. 662, 663.

nicht erforderlich. Der Kläger hat den Beweis des Vorbehalts zu führen und nicht der Frachtführer den Beweis der Vorbehaltlosigkeit.

b. Der Frachtführer wird nicht liberirt, wenn der Empfänger **durch Zwang** oder **Betrug** zur Annahme des Guts und Zahlung der Fracht bestimmt worden ist.[14]) Dasselbe gilt bezüglich des **Irrthums,** wenn derselbe durch den Frachtführer veranlasst ist und der Empfänger ihn nicht wahrnehmen musste. In diesen Fällen läge in der Berufung des Frachtführers auf Annahme des Guts und Zahlung der Fracht ein dolus. Daher bleibt der Frachtführer verhaftet, wenn der Empfänger irrthümlich auf Grund eines vom Frachtführer erneuerten, nicht des ursprünglich vom Absender ausgestellten Frachtbriefs das Gut angenommen und die Fracht bezahlt hat;[15]) dessgleichen wenn eine vom Empfänger nicht verschuldete Verwechselung stattgefunden hat. Hat aber der Frachtführer den Irrthum des Empfängers nicht hervorgerufen, so schadet ihm derselbe nicht. Nur wegen **Verlusts oder Beschädigung, welche bei der Ablieferung äusserlich nicht erkennbar waren,** kann der Frachtführer selbst nach der Annahme und nach Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden,[16]) aber nur unter einer doppelten bezw. dreifachen Voraussetzung:

α. Wenn die Feststellung des Verlusts oder der Beschädigung ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden ist. **Wann** die Entdeckung stattfindet, ist gleichgültig, falls sie nur innerhalb der Verjährungsfrist stattfindet. Es braucht also der Empfänger nicht gleich nach der Annahme die Waare zu untersuchen,[17]) aber es muss nach der Entdeckung ohne Verzug, d. h. mit thunlichster einem ordnungsmässigen Geschäftsgang entsprechender Beschleunigung die Konstatirung des Verlusts oder der Beschädigung nachgesucht worden sein. Und da bezüglich dieser Feststellung die Grundsätze des Art. 407 massgebend sind,[18]) so genügt es, wenn nur innerhalb der Verjährungszeit das Gesuch um Feststellung beim Amtsgericht der gelegenen Sache **angebracht** worden ist, während es sich gleich bleibt, wann dasselbe seine Erledigung findet.[19]) Den

---

Thöl S. 68 Not. 4. Eger II S. 473—477. — A. M. H.A.G. Nürnberg v. 13. Mai 1872 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 576, 577. Vgl. auch Wolff in Löhrs C.O. N. F. III S. 315, 316.

14) Vgl. Art. 408 Abs. 3, Art. 386 Abs. 4. — W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. VIII S. 476 Not. 26 u. Eisenbahntransportr. S. 76 Not. 26. Puchelt Art. 408 Anm. 1c S. 393. Eger II S. 477, 482.

15) R.G. I 1 S. 3.

16) Art. 408 Abs. 2. Regl. § 64 Abs. 4 S. 3. — Art. 408 Abs. 2 entspricht Art. 347 Abs. 2, 3 und stammt aus dem Span. H.G.B. Art. 219 u. Wetboek art. 93.

17) Wie dies nach Art. 347 Abs. 1 der Käufer gegenüber dem Verkäufer thun muss und wie dies nach Preuss. Entw. Art. 315 Abs. 2 auch dem Empfänger gegenüber dem Frachtführer oblag und nach Entw. d. R.Eisenb.Ges. v. 1874 § 46 Abs. 2 Z. 2 bis zu einem gewissen Grade obliegt. Vgl. Prot. S. 830—832.

18) Prot. S. 4737. A. M. Oesterr. Ob.Ger. v. 10. Sept. 1878 bei Eger II S. 496 und dieser selbst a. a. O. unter Missverständniss von Art. 407 Abs. 1, Art. 428 u. Postges. Art. 13, 14.

19) Vgl. Art. 347 Abs. 1. R.O.H.G. II 54 S. 237; 84 S. 380, XI 99 S. 306—308, XV 62 S. 213; vgl. XII 99 S. 298, 299.

Beweis der rechtzeitigen Entdeckung und ordnungsmässigen Feststellung des Schadens hat der Ersatzberechtigte zu führen.

β. Die zweite Voraussetzung ist der Nachweis des Ersatzberechtigten, dass der Verlust oder die Beschädigung während der Zeit **seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung**, also nicht erst nach der Ablieferung entstanden ist.

Dazu kommt für den Eisenbahntransport noch

γ. die dritte Voraussetzung, dass der Anspruch innerhalb 4 Wochen (sc. nach der Ablieferung) bei der Eisenbahnverwaltung schriftlich angemeldet worden ist.[20])

Dagegen sollen nach Regl. § 69 Abs. 2 S. 1 Ansprüche wegen verspäteter Ablieferung schlechtweg bestehen bleiben, insofern dieselben binnen 8 Tagen[21]) nach der Ablieferung bezw. nach der Bezahlung der Fracht erhoben, d. h. angemeldet worden sind. In so weit ist diese Bestimmung giltig; dagegen wäre sie, weil gegen Art. 397 und Art. 423 verstossend, in so weit ungiltig, als etwa nach der Meinung des Regl. **alle** Ansprüche aus Versäumung der Lieferungszeit, also auch die vorbehaltenen sowie die auf Zwang, Betrug und verursachtem Irrthum gegründeten erlöschen sollten, falls sie nicht binnen jener 8tägigen Frist erhoben würden.

Betrachtet man die Bestimmung des Art. 408 Abs. 2 bezw. des Regl. § 64 Abs. 4 S. 3 und § 69 Abs. 2 S. 1 in ihrer Beziehung zu Art. 408 Abs. 1 bezw. Regl. § 64 Abs. 4 S. 2, so ergibt sich ein Verhältniss der **Pendenz**. Das Erlöschen der Ansprüche gegen den Frachtführer ist während der einjährigen Verjährungszeit bezw. während der 4wöchentlichen bezw. 8tägigen Reklamationsfrist in der Schwebe. Nicht zu billigen ist die Ansicht, dass nach Art. 408 Abs. 1 durch Annahme des Guts und Zahlung der Fracht die Frachtverbindlichkeit unbedingt für getilgt gelte, und dass die Ausnahme des Art. 408 Abs. 2 eine selbständige Klage nach dem Prinzip des ädilitischen Edikts begründe;[22]) denn diese Konstruktion würde mit den Verjährungsbestimmungen des Art. 401 Abs. 3 in unerträgliche Kollision kommen.[23])

4. Ausserdem ist noch Folgendes zu bemerken:

a. Unter **„Annahme“** ist zu verstehen der der Ablieferung entsprechende Akt des Empfängers bezw. seines legitimirten Vertreters. Der nehmliche Vorgang, welcher auf Seite des Frachtführers Ablieferung ist, qualifizirt sich auf Seite des Empfängers als Annahme. Der Begriff **„Fracht“** umfasst nicht bloss den Frachtlohn, sondern auch alle übrigen auf dem Gute haftenden Spesen und Auslagen.[24])

b. Bei **Totalverlust** findet Art. 408 Abs. 1 nicht statt, da in diesem Fall von einer Annahme des Guts nicht die Rede sein kann. Totalverlust

---

[20]) Regl. § 64 Abs. 4 S. 3 vbd. m. Art. 428. Das Nähere u. §. 358 II.

[21]) Der Entw. v. 1874 § 46 Abs. 2 Z. 1 hat 4 Wochen.

[22]) So C. F. Koch Art. 408 Anm. 36 S. 413.

[23]) Vgl. Hahn Art. 408 § 2 S. 663. Thöl S. 69.

[24]) Entw. v. 1874 § 46 Abs. 1: „Durch die Annahme des Guts und Bezahlung der auf demselben haftenden Forderungen der Eisenbahn“ u. s. w.

liegt hier immer vor, sobald es sich um den Verlust eines **selbständigen** Frachtstücks handelt. Die Selbständigkeit eines Frachtstücks wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass dasselbe mit andern auf den nehmlichen Frachtbrief hin oder mittels der nehmlichen Sendung transportirt wird; es genügt, dass es durch den Frachtbrief so individualisirt ist, dass es nicht **lediglich** als Theil eines grössern Ganzen angesehen werden kann.[25])

c. Das Erlöschen der Ansprüche nach Art. 408 Abs. 1 ist nicht ex officio, sondern nur auf Berufung des Frachtführers hin vom Richter zu berücksichtigen.[26])

II. Nach Art. 408 Abs. 3 finden die in Art. 386 enthaltenen Bestimmungen über die **Verjährung der Klagen und Einreden** gegen den Spediteur wegen Verlusts, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts auch auf den Frachtführer Anwendung. Daraus ergeben sich folgende Sätze:

1. Klagen und Einreden gegen den Frachtführer wegen Verlusts, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts verjähren nach **Einem Jahre.**[27]) Die Begriffe „Verlust", „Beschädigung" und „verspätete Ablieferung" sind hier dieselben, wie in Art. 395—399.[28]) Nur setzt der Begriff des **„Totalverlusts"** hier vernünftiger Weise den Verlust der **ganzen** Sendung voraus.[29])

2. Die Verjährungsfrist **beginnt:**

a. In Ansehung der **Klagen wegen gänzlichen Verlusts** mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen,[30]) um nicht die Klage wegen Verlusts zu begründen (nicht etwa: um die Klage wegen Verspätung zu vermeiden). Handelt es sich also um den Transport mit einer bestimmten Reisegelegenheit, so beginnt die Verjährung dieser Klagen nach Ankunft des Frachtführers am Bestimmungsort. Wird aber der Transport in Folge Verlusts abgebrochen, oder soll das Gut nicht mit einer bestimmten

---

[25]) R.O.H.G. XI 14 S. 34—36, XV 44 S. 141—144. — Hahn Art. 428 S. 754. Puchelt Art. 408 Anm. 2 S. 394, Art. 428 Anm. 3 S. 441. Eger II S. 479—481, 492, 514, 516.

[26]) Wolff in Löhrs C.O. N.F. III S. 312—311. Eger II S. 490.

[27]) Art. 386 Abs. 1. Regl. § 64 Abs. 5, § 69 Abs. 2 u. dazu Eger II S. 519 bis 522, 524, 525. Entw. v. 1874 § 67 Abs. 1. — Vgl. C. d. c. art. 108. Wetboek art. 95. Würtemb. Entw. Art. 177. R.H.G.B. Tit. V Art. 33. Dieselben statuiren eine Verjährungszeit von 6 Monaten bei Versendungen im Inlande und von 1 Jahr bei Versendungen ins Ausland. Ebenso Preuss. Entw. Art. 303 Abs. 1 u. Entw. I. Les. Art. 327 Abs. 1. Prot. S. 1212.

[28]) Irrig will Eger II S. 504 die Klage wegen Verlusts in Folge unberechtigter Ausübung des Verkaufsrechts der einjährigen Verjährung entziehen. Ebenso irrig schliesst das von diesem Schriftsteller cit. U. d. Ob.Land.Ger. Wien v. 7. Aug. 1878 die Klage wegen Nichtbeachtung einer dem Frachtführer rechtzeitig ertheilten Order zur Auslieferung an eine andere als die im Frachtbrief bezeichnete Person von der einjährigen Verjährung aus.

[29]) Anders o. I. 4 lit. b.

[30]) Art. 386 Abs. 2. Regl. § 64 Abs. 5. — Der Preuss. Entwurf lautete: „an welchem der Transport hätte bewirkt sein müssen"; aber schon in der I. Les. wurde das Wort „Ablieferung" substituirt, weil der erstere Ausdruck Zweifel ergebe. Prot. S. 771, 772.

Transportgelegenheit ankommen, wie z. B. im Eisenbahnverkehr, so beginnt die Verjährung nach Ablauf der Lieferzeit.[31]) Der Beginn der Verjährung fällt demnach mit der Nativität der Klage wegen Verlusts zusammen.[32]) Gleichgiltig für den Beginn der Verjährung ist es, **wann** der Verlust stattgefunden hat, ob während des Transports oder nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort.[33]) Steht aber der Klage wegen Verlusts eine dilatorische Einrede entgegen, so beginnt die Verjährung erst mit der Beseitigung derselben. Dies ist der Fall, wenn der Transport unter anormalen Verhältnissen stattfindet, welche dem Frachtführer unverschuldete und unabwendbare Verzögerungen bereiten (Krieg, Ausfuhrverbot, Eisgang, Ueberschwemmung u. dgl).[34])

b. In Ansehung der **Klagen wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung** beginnt die Verjährung mit dem Ablauf des Tags, an welchem die Ablieferung geschehen ist,[35]) bezw. des letzten Ablieferungstags, falls die Ablieferung mehrere Tage dauert. Mag die Ablieferung auch noch so spät nach der Lieferungszeit erfolgen, die Verjährung beginnt immer erst mit der wirklichen Ablieferung, also in Bezug auf Verspätung stets nach der Nativität der Klage.[36])

Ob der Anspruchsberechtigte Verlust, Beschädigung oder Verspätung kannte oder nicht, ist für den Beginn der Verjährung irrelevant; ebenso ob Verlust und Beschädigung äusserlich erkennbar waren oder nicht.[37])

3. Was die **Vollendung** und **Unterbrechung** der Verjährung betrifft, so gelten in Ermangelung besonderer Bestimmungen des H.G.B. die gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätze.[38]) Doch bestimmt sich die **Berechnung** der Verjährungszeit nach der Berechnungsweise des Art. 328 Abs. 1 Z. 2 und Art. 330.[39]) **Unterbrochen** wird die Verjährung:

a. Durch **Erhebung der Klage,**[40]) sowie durch **einredeweise Geltendmachung**

---

[31]) Entw. v. 1874 § 67 Abs. 2 lit. b.

[32]) Prot. S. 772. A. M. Eger II S. 504.

[33]) R.O.H.G. IV 3 S. 14, XII 46 S. 136.

[34]) R.O.H.G. XV 12 S. 31. Hahn Art. 386 S. 568, 569. Windscheid § 109 Nr. 1.

[35]) Art. 386 Abs. 2. Regl. § 64 Abs. 5, § 69 Abs. 2 S. 3.

[36]) R.O.H.G. XVII 21 S. 80.

[37]) H.A.G. Nürnberg v. 8. Mai 1868 bei Eger II S. 505. Vgl. Prot. S. 831. Irrig Eger II S. 498, 503.

[38]) Eisenb.Schiedsger. Wien v. 7. Juli 1879 bei Epstein Oberstricht. Entscheidd. in Eisenbahnsachen S. 553, 554. Vgl. R.O.H.G. XII 46 S. 137. Anschütz Art. 386 III S. 423. Eger II S. 501, 502.

[39]) R.O.H.G. III 26 S. 130; 86 S. 419; vgl. XXIV 14 S. 51.

[40]) Windscheid § 108 Not. 4, 6, 7 und Text dazu. — C.P.O. § 239, 230 Abs. 1, § 152 ff., 254, 461 Abs. 2, § 471 Abs. 2, § 190 (Requisition); vgl. Einf.Ges. z. C.P.O. § 13 Abs. 2 Z. 4 u. Abs. 3. — Code civ. art. 2244—2247 „citation en justice“ und „citation en conciliation devant le bureau de paix.“ — Nach dem Entw. v. 1874 § 67 Abs. 4 Z. 2 auch „durch Anrufung der Entscheidung des Reichseisenbahnamts“.

des der Klage zu Grunde liegenden Anspruchs,[41]) bezw. durch **Anmeldung im Konkurs,**[42]) eventuell durch **Protestation;**[43]) dagegen nicht durch **blosse Mahnung,**[44]) nicht durch **Streitverkündigung**[45]) und nicht durch **blosse Reklamation.**[46]) Doch ist zuzusehen, ob nicht gegebenen Falls in der Einlassung auf die Reklamation eine **Anerkennung** seitens des Frachtführers bezw. in der späteren Berufung auf Verjährung nach vorausgegangenen Reklamationsverhandlungen ein dolus liegt,[47]) zu dessen Annahme man um so leichter wird kommen können, wenn in einem Reglement das Reklamationsverfahren besonders normirt ist[48]) und im Vertrauen darauf der Frachtinteressent sich auf Reklamation eingelassen hat.

b. Durch **Anerkennung** des Anspruchs.[49])

Die Frage, ob nach Unterbrechung dieser einjährigen Verjährung eine neue einjährige Verjährung oder die gewöhnliche civilrechtliche und von welchem Zeitpunkt an wiederläuft, bestimmt sich ebenfalls nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte.[50])

4. Die **Einreden** wegen Verlusts, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts verjähren in gleicher Weise wie die Klagen, da sie dasselbe Fundament wie jene haben. Doch findet die einjährige Verjährung der Einreden nicht statt, wenn die Anzeige von der betreffenden Einredethatsache an den Frachtführer bezw. dessen legitimirten Vertreter binnen der einjährigen Frist ordnungsmässig abgesandt worden ist.[51]) Nicht nothwendig ist sofortige Absendung nach Wahrnehmung der betreffenden Thatsache, und nicht nothwendig ist bei ordnungsmässiger Absendung die Ankunft der Anzeige überhaupt oder

---

[41]) R.O.H.G. XII 74 S. 234. — Sächs. Gesetzb. § 163. 167. Dernburg Preuss. Privatr. I (2. Aufl.) § 168 Not. 14 u. Text. A. M. Unterholzner Verjährungslehre I § 128. Savigny System V S. 321.

[42]) K.O. § 13. — Seufferts Arch. XXII, 208, XXVIII. 191.

[43]) C. 2 C. de ann. exc. (7, 40). Windscheid § 108 Text zu Not. 8, 9. — Sächs. Gesetzb. § 164, 165. — Dernburg a. a. O. § 168 Not. 11 und Text.

[44]) Windscheid § 108 Text zu Not. 5. Wächter Pand. § 108 I 2. — Dernburg a. a. O. 375. — Sächs. Gesetzb. § 165.

[45]) Anders nach Preuss. Recht in Folge Plenar-Beschlusses des O.Trib. v. 6. Juni 1853 (Entsch. XXV S. 325). Dernburg a. a. O. Not. 13 u. Text. Vgl. R.O.H.G. XI 96 S. 289, XII 74 S. 234, XVI 92 S. 362—364.

[46]) R.O.H.G. XV 12 S. 31; vgl. IV 3 S. 15. Eisenbahn-Schiedsger. Wien v. 7. Juli 1879 bei Epstein S. 554. Eger II S. 501, 502. Wehrmann S. 216. Anders nach Postges. § 14. — Nach dem Entw. v. 1874 § 67 Abs. 3 ruht die Verjährung von der Erhebung der Reklamation bis zum Erlass einer abschlägigen Entscheidung.

[47]) R.O.H.G. IV 36 S. 187. Seufferts Arch. XVI. 39 u. die bei Eger II S. 502 citt. Erkenntnisse des A.G. Kolmar u. Ob.Land.Ger. Wien.

[48]) Wie in Regl. § 64 Abs. 10—12.

[49]) Oesterr. Gesetzb. § 1497. — Code civ. art. 2248, 2249. — Sächs. Gesetzb. § 162. — Windscheid § 108 Not. 1—3 u. Text dazu. Wächter Pand. § 106 I 1 S. 548. — Dernburg a. a. O. § 168 Nr. 2 S. 373. Eger II S. 501.

[50]) Sächs. Gesetzb. § 169. — Dernburg a. a. O. S. 377. — Eger II S. 502. — Vgl. Entw. v. 1874 § 67 Abs. 5.

[51]) Art. 386 Abs. 3; vgl. Art. 349 Abs. 3.

innerhalb der Verjährungsfrist. [52]) In Folge dieser Anzeige werden die Einreden perpetuirt, aber nicht auf immer, sondern nur auf die gewöhnliche Verjährungszeit, [53]) jedoch nur soweit durch sie compensando die Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden sollen, während sie als Substanz für eine exc. non adimpleti contractus oder exc. non rite adimpleti contractus unverjährbar werden. [54])

5. Die einjährige Verjährung der Klagen und Einreden findet nicht statt in Fällen des **Betrugs** oder der **Veruntreuung** des Frachtführers. [55])

a. Unter **Betrug** ist hier nicht der strafrechtliche Betrug, sondern die civilrechtliche fraus, die Schädigung durch Täuschung und Ueberlistung zu verstehen. [56]) Der Fall des Betrugs ist gegeben, sowohl wenn Verlust, Beschädigung und Verspätung direkt oder indirekt durch täuschende Handlungen des Frachtführers herbeigeführt worden sind (z. B. der Frachtführer täuscht den Absender über die Gefahren, welche das Gut zu Verlust oder Schaden bringen), [57]) als auch wenn der Empfänger über das Vorhandensein jener Frachtverletzungen durch arglistige Manipulationen und Vorspiegelungen des Frachtführers hintergangen, [58]) oder durch arglistige Unterhandlungen bis nach Ablauf der Verjährungsfrist hingehalten worden ist. [59]) Die bösliche Handlungsweise als solche kann dem Betruge nicht gleichgestellt werden. [60])

b. Einer **Veruntreuung** macht sich der Frachtführer schuldig, wenn er sich am Frachtgut vergreift, also sowohl wenn er das anvertraute Frachtgut unterschlägt, als auch wenn er dasselbe eigennützig missbraucht und es dabei Schaden leidet. Regelmässig wird mit der Veruntreuung ein Betrug konkurriren, indem eine andere werthlose Sache an Stelle der unterschlagenen substituirt oder die Unterschlagung durch täuschende Manipulationen und Vorspiegelungen verheimlicht wird.

c. Die einjährige Verjährung wird auch durch den Betrug oder die Veruntreuung derjenigen Person ausgeschlossen, für welche der Frachtführer ver-

---

[52]) R.O.H.G. XIX 52 S. 155. — Hahn Art. 349 § 8 S. 332. Anschütz Art. 386 Anm. 2 III S. 423.

[53]) Auf immer: Hahn Art. 349 § 7 S. 332. Thöl S. 58; aber: „in gleicher Art sind die Einreden ... erloschen." Irrig W. Koch in Goldschmidts Ztschr. VIII S. 476 Not. 25 und Eisenbahn-Transportr. S. 76 Not. 25, welcher die einjährige Verjährung durch die Anzeige bloss unterbrechen, nicht ausschliessen lässt.

[54]) Windscheid 112 Not. 8. Vgl. Eger II S. 499, 508.

[55]) Art. 386 Abs. 4; vgl. Art. 350.

[56]) Prot. S. 1461. C. d. c. art. 108 i. f. „sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité. — R.O.H.G. II 24 S. 102, IV 36 S. 185, 186.

[57]) R.O.H.G. II 75 S. 316, 317.

[58]) R.O.H.G. II 46 S. 191, 192.

[59]) R.O.H.G. IV 36 S. 187. — Puchelt Art. 386 Anm. 4 S. 341, 342. Eger II. S. 509—512.

[60]) R.O.H.G. XII 46 S. 137, XV 12 S. 32 u. das Urtheil des R.O.H.G. v. 22. April 1873 bei Puchelt II S. 342.

antwortlich ist, also seiner Leute, Gehilfen und Zwischenfrachtführer. [61]) Dabei ist es für das Vorhandensein der Veruntreuung nicht nothwendig, dass sich die durch die Leute und Gehilfen des Frachtführers stattfindende Vergreifung am Frachtgut auch in ihrer Person als Veruntreuung darstellt; es genügt, wenn sie sich als solche nur in der Person des Frachtführers qualifizirt, weil sie lediglich als seine Handlung in Betracht kommt. [62])

6. Den Beweis der Verjährung hat der Frachtführer, den Beweis des Betrugs oder der Veruntreuung der Gegner zu führen. Von Amtswegen ist die Verjährung nicht zu berücksichtigen. [63])

7. Wenn auch die Bestimmungen des Art. 386 bezw. Art. 408 Abs. 3 als Verjährungsbestimmungen absoluter Natur sind, und desshalb durch Vertrag die Verjährung weder überhaupt ausgeschlossen noch in ihren Bedingungen und Wirkungen modifizirt werden kann, [64]) so können sie doch durch Vertragsklauseln indirekt alterirt werden, hauptsächlich durch die Klausel, dass Reklamationen in Bezug auf das Frachtgut länger oder kürzer als 1 Jahr zulässig sein sollen. [65]) Nur dürfen derartige Klauseln nicht gegen die guten Sitten und desshalb insbesondere nicht gegen Art. 386 Abs. 4, und soweit es sich um den Eisenbahnverkehr handelt, nicht gegen Art. 423 verstossen. Darum sind auf jeden Fall ungiltig folgende Bestimmungen des Regl., mag man dasselbe als Rechtsverordnung oder als Vertragsnorm ansehen:

a. Regl. § 64 Abs. 5, insofern darnach alle Ansprüche wegen Verlusts, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung in Jahresfrist verjähren sollen, ohne dass bezüglich der Einreden die Ausnahme der Anzeige, sowie bezüglich der Ansprüche überhaupt die Ausnahme des Betrugs und der Veruntreuung reservirt ist. [66])

b. Regl. § 69 Abs. 2 S. 2 aus dem vorigen doppelten Grunde. [67])

Dagegen ist sowohl giltig als auch nicht überflüssig Regl. § 69 Abs. 2 S. 3: „Diese Frist (Verjährungsfrist der Ansprüche wegen Versäumung der

---

[61]) R.O.H.G. XII 46 S. 136, 137. Eger II S. 513. A. M. in Bezug auf die Zwischenfrachtführer Puchelt a. a. O. S. 343 unter Berufung auf die Motive zum Preuss. Entw. Art. 303 S. 167.

[62]) R.G. VI 40 S. 129, 130.

[63]) R.O.H.G. II 28 S. 124, III 26 S. 131, VI 50 S. 228—230, XI 110 S. 351, XIII 15 S. 50—54, XIV 71 S. 217; 81 S. 257, XVI 51 S. 180, XXI 122 S. 377, 378. Windscheid § 112 Not. 1. Eger II S. 502, 507, 512.

[64]) Savigny System V S. 411, 412.

[65]) Vgl. Art. 349 Abs. 5. — Das bayr. Monit. 468 zu Art. 381 (jetzt 408), den dem Art. 326 Abs. 5 (jetzt 349 Abs. 5) entsprechenden Zusatz zu machen: „Ist die Haftbarkeit des Frachtführers auf eine kürzere oder längere Frist vertragsmässig festgesetzt, was auch durch die Reglements der Eisenbahnen geschehen kann, so hat es hierbei sein Bewenden", wurde abgelehnt. Prot. S. 4737, 4738. — Hahn Art. 349 § 11 S. 334. — In einem vertragsmässigen Vorbehalt aller Rechte bei Annahme des Guts und Zahlung der Fracht liegt kein Ausschluss der einjährigen Verjährungsfrist. Eger II S. 477.

[66]) R.O.G. VII 40 S. 130. Thöl S. 204. Eger II S. 520. Hahn Art. 423 § 9 S. 721.

[67]) Thöl S. 209. Hahn a. a. O.

Lieferungszeit) beginnt mit dem Ablauf des Tags, an welchem die Ablieferung geschehen ist, und **wenn sie überhaupt nicht erfolgt ist,** mit dem Ablauf der Lieferungszeit." Sie ist giltig, weil **„mit Ablauf der Lieferungszeit"** der Tag abgelaufen ist, „an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen";[68]) sie ist nicht überflüssig, weil sie dem Beschädigten alternativ die Möglichkeit gewährt, den Verlust auch als Versäumung der Lieferungszeit zu betrachten. Dies ist für den Fall von grosser praktischer Bedeutung, dass bloss eine Deklaration des Interesses rechtzeitiger Lieferung, aber nicht des Werthes des Frachtguts stattgefunden hat, und das deklarirte Interesse den Normalsatz übersteigt.[69])

8. Der einjährigen Verjährung unterliegen die Ansprüche wegen Verlusts, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung nur in so weit, als sie sich auf das Frachtgeschäft stützen. Wird dagegen ein solcher Anspruch auf ein Delikt basirt, so finden die civilrechtlichen Verjährungsprinzipien Anwendung.[70]) Dasselbe gilt bezüglich derjenigen das Frachtgut betreffenden Klagen, welche auf Besitz, Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht fundirt sind (Besitzklage, rei vind., a. Publ., a. ad exhib. u. dgl.). Ebensowenig unterliegen der einjährigen Verjährung die Ansprüche auf Ausführung des Transports und auf Auslieferung des zurückbehaltenen Frachtguts bezw. die Schadenersatzklage wegen Nichtausführung des Transports, sowie alle aus dem Frachtverhältniss hervorgehenden Ansprüche, die nicht das Frachtgut, sondern den Frachtbrief, die Begleitpapiere, die Nachnahme, den Frachtlohn u. dgl. betreffen.[71])

§ 344.

5. Die Rechte des Frachtführers.

I. Der Frachtführer hat einen Anspruch auf die **ausbedungene oder übliche Fracht.** Bei den grossen Transportanstalten bestimmt sich der Frachtlohn nach den einschlägigen Tarifen und Reglements. Im Eisenbahnverkehr sind die Frachtsätze der zur Zeit der Abstempelung des Frachtbriefs, d. h. zur Zeit der Eingehung des Frachtvertrags ordnungsmässig publizirten Tarife massgebend. Diese allein kann die Eisenbahn verlangen und diese allein braucht der Zahlungspflichtige zu bezahlen, nicht aber darf die Bahn die während der vorläufigen Verwahrung des Guts in ihren Lagerräumen geltenden höhern Sätze verlangen, und nicht kann der Zahlungspflichtige die damals geltenden niedrigeren bezahlen. Nicht ordnungsmässig publizirte Tarife sind für das Publikum nur dann massgebend, wenn sie den ordnungsmässig publizirten gegenüber ermässigte

---

[68]) Art. 386 Abs. 2. Regl. § 64 Abs. 5.

[69]) Desshalb ist unrichtig das Urtheil des R.O.H.G. XVII 34 S. 128—130. — Regl. § 69 Abs. 2 S. 3 mag vom logischen Standtpunkt aus unhaltbar sein (vgl. o. § 340 III 1 Not. 100), aber gegen die rechtliche Zulässigkeit lässt sich Nichts einwenden.

[70]) Vgl. R.O.H.G. XV 12 S. 32.

[71]) Vgl. Eger II. S. 499, 503, 504.

Sätze enthalten.[1]) Passirt das Gut mehrere Bahnen oder die Gebiete mehrerer Verbände, so wird die Fracht durch Zusammenaddirung der Tarifbeträge der einzelnen Bahnen bezw. Verbände berechnet, solange (zeitlich) und soweit (räumlich) keine gemeinschaftlichen Frachttarife publizirt sind.[2])

1. In den verschiedenen Fällen kann die Fracht nach verschiedenen Massstäben berechnet werden: in Bausch und Bogen, nach Tragkraft der Wagen, nach Rauminhalt, nach Mass- oder Gewichtseinheiten. Berechnet sie sich nach Mass- oder Gewichtseinheiten, so ist im Zweifel dasjenige Mass bezw. Gewicht entscheidend, welches bei der Ablieferung ermittelt wird, nicht aber das im Frachtbriefe angegebene, weil der Frachtlohn das Aequivalent für den Transport bildet und in Wirklichkeit diejenige Quantität transportirt worden ist, die sich bei der Ablieferung herausstellt.[3]) Das Reglement enthält hierüber folgende Bestimmungen:

a. Die Güter werden entweder mit oder ohne Gewichtsermittelung übernommen. Im letztern Fall wird die Fracht nach Massgabe der darüber in den Tarifen und besonderen Vorschriften der einzelnen Eisenbahnen enthaltenen Bestimmungen nach Tragkraft der Wagen oder nach Rauminhalt oder nach Raummass berechnet, dagegen im erstern Fall nach Kilogramme, wobei behufs Erleichterung der Frachtberechnung eine Abrundung auf durch 10 theilbare Zahlen gestattet ist. Diese Abrundung findet in der Weise nach oben statt, dass Sendungen unter 30 kg. höchstens für 30 kg., das darüber hinausgehende Gewicht bei Collogütern nach 10 kg., bei Wagenladungsgütern nach 100 kg. derartig berechnet werden darf, dass jede angefangenen 10 kg. bezw. 100 kg. für voll gelten. Ausser der Gewichtsabrundung dürfen die Eisenbahnen bei Sendungen von ganz geringem Gewichte Minimalbeträge des Frachtgeldes in ihren Tarifen aufstellen, so dass, wenn trotz der Gewichtsabrundung nach oben der sich ergebende Frachtbetrag unter dem tarifmässsigen Minimalsatz zurückbleibt, die Fracht auf diesen erhöht werden kann.[4]) Die Ermittelung des Gewichts geschieht entweder durch wirkliche Verwiegung auf den Bahnhöfen oder durch Berechnung nach den im Tarife angegebenen Normalsätzen.[5])

b. Neben der Abrundung des Gewichts findet auch eine Abrundung der zu erhebenden Fracht nach 0,10 Mark statt und zwar bei Beträgen unter 5 Pf. nach unten, dagegen bei Beträgen von 5 Pf. ab nach oben.[6])

---

[1]) Regl.Einl. Abs. 3 „oder wenn sie dem Publikum günstigere Bedingungen gewähren.“ Eger I S. 66, 67, 90, II S. 342, 343.

[2]) Regl. § 52 S. 1. Dazu Eger II S. 336—347; über Kartirung insbesondere S. 345, 346.

[3]) Desshalb ist das U. des A.G. Magdeburg vom 20. Juni 1868 in Löhrs C.O.N.F. V S. 86 verfehlt. Vgl. Regl. § 50 Z. 4 Abs. 3, § 59 Abs. 9 Z. 4.

[4]) Nach dem deutschen Reformtarif werden Sendungen unter 20 kg. für 20 kg. und das darüber hinaus gehende Gewicht, sowohl bei Collo- als bei Wagenladungsgütern nach 10 kg. berechnet. Der Minimalsatz beträgt nach demselben für Eilgut 0,50 M. und bei Benutzung von Schnellzügen 1 M., für Stückgut 0,30 M. Eger II S. 353.

[5]) Das Nähere Regl. § 52 Abs. 3, 4 S. 1, § 50 Z. 4 Abs. 2. Dazu Eger II S. 350—354. Uebereinkommen zum Betr.Regl. des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen (fernerhin citirt: Uebereink.) Art. 19 Z. 1, Art. 20, 21. Dazu Eger II S. 376, 377, 380—382.

[6]) Regl. § 52 Abs. 6. Dazu Eger II S. 355, 356.

c. Alle in einem Frachtbriefe enthaltenen Gegenstände desselben Tarifsatzes bilden eine einzige Abfertigungsposition zur Berechnung des Frachtgeldes, so dass weder Gewicht noch Fracht für jeden Gegenstand besonders abgerundet und dadurch die Gesammtfracht zum Nachtheil der Zahlungpflichtigen vertheuert werden kann.[7])

2. Da die Fracht das Aequivalent für die Transportleistung bildet, so kann sie prinzipiell erst nach Vollendung des Transports verlangt werden. Vollständige oder theilweise Pränumerirung, **Frankatur,**[8]) findet nur in Folge reglementarischer Anordnung oder besonderer Verabredung statt. Das Reglement statuirt bezw. gestattet den Frankaturzwang nur bei Reisegepäck, Leichen, Thieren, gewissen Explosivstoffen, thierischen Abfällen, Stalldünger und Fäkalien,[9]) sowie bei Gütern, welche nach dem Ermessen der annehmenden Eisenbahn dem schnellen Verderben unterliegen oder welche die Fracht nicht sicher decken [10]) Die **Theilfrankatur** kommt entweder so vor, dass das Gut bis zu einer Zwischenstation franko und von da ab in überwiesener Fracht befördert wird oder so, dass auf die Fracht ein beliebiger Theil als Frankatur angezahlt wird. Umgekehrt kann die Fracht auch kreditirt, namentlich kann im Eisenbahnverkehr dem Absender oder Empfänger ein Kreditkonto bewilligt sein, so dass die Fracht weder bei der Aufgabe noch bei der Ablieferung, sondern zu einem bestimmten vereinbarten Termin berichtigt wird.[11])

Kommt der Absender seiner Frankaturpflicht nicht nach, so braucht der Frachtführer auch seinerseits mit dem Transport nicht zu beginnen.[12])

3. Der Frachtführer hat den Frachtanspruch nicht bloss, wenn er den Transport ordnungsmässig, sondern unter Umständen auch dann, wenn er denselben gar nicht oder nicht vollständig oder nicht rechtzeitig ausgeführt hat. Bei gänzlicher Nichtausführung hat er ihn sowohl dann, wenn der Absender daran Schuld ist, als auch wenn die Nichtausführung durch einen von ihm zu vertretenden Verlust herbeigeführt worden ist, indem der volle

---

[7]) Regl. § 52 Abs. 5. Eger II S. 355, 356.

[8]) Ueber den Umfang des Begriffes „franko" s. Uebereink. Art. 22 Z. 1 und dazu Eger II S. 382, 383. Unter die Frankatur fallen im Zweifel nicht bloss die Fracht, sondern auch alle Gebühren und Kosten, welche bei der Aufgabe und Annahme des Guts zur Berechnung kommen, während die im Verlaufe des Transports erwachsenen Kosten in dubio nicht inbegriffen sind. Der Begriff der Frankatur hat dem Frachtführer gegenüber eine andere Bedeutung als gegenüber dem Empfänger. Dem erstern gegenüber bedeutet er Pränumerirung, dem letztern gegenüber Tragung der Transportkosten.

[9]) Regl. § 26 Abs. 4, § 34 Abs. 4, § 41 Abs. 2 S. 1, § 42 Abs. 6, § 43 Abs. 2, § 48 Anl. D. I 12; XXXII 5; XXXIII 6.

[10]) Eis, Hefe, Seeschalthiere, frische Fische, frisches Gemüse, frisches Fleisch, Wildpret, geschlachtetes Geflügel, lebende Pflanzen, Kartoffeln und frisches Obst während der Monate Oktober bis einschliesslich April; leere Kisten, Körbe, Säcke, Tonnen, Fastagen. Regl. § 53 Abs. 1; dazu Spezialbest. des Tarifverb. und Eger II S. 359—362. Uebereink. Art. 22 Z. 2, 3, 4 und dazu Eger II S. 383, 384.

[11]) Spezialbest. des Tarifverbands zu Regl. § 53. — Ueber Frachtkreditirung Eger II S. 361.

[12]) Regl. § 26 Abs. 4. — Nach Code d. c. art. 1184 kann er sogar vom Vertrag zurücktreten.

Betrag der Fracht von dem seinerseits zu ersetzenden gemeinen Werth des Guts abgezogen wird. Hat er den Transport nur theilweise ausgeführt, so hat er im Falle der Verschuldung des Absenders oder eines von ihm zu vertretenden Verlustes Anspruch auf volle Fracht, im Falle seines eigenen Verschuldens einen Frachtanspruch nach dem Gesichtspunkte der Bereicherung und im Falle seiner und des Absenders Unschuld jedenfalls einen Bereicherungsanspruch, wo nicht einen Anspruch auf Theilfracht.[13] Im Falle der Verspätung hat er den Frachtanspruch schlechtweg, wenn er die Verspätung nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers hat abwenden können. Aber auch im Falle seiner Verschuldung hat er diesen Anspruch, wenn nicht für diesen Fall der gänzliche oder theilweise Verlust der Fracht besonders ausbedungen worden ist.[14] Die blosse Beschädigung des Frachtguts alterirt den Frachtanspruch nicht.

4. Der Frachtführer hat den Frachtanspruch sowohl gegenüber dem Absender als auch gegenüber dem Empfänger; gegenüber dem Absender aktionsweise in Folge des Frachtvertrags und nach Massgabe desselben, gegenüber dem Empfänger nur nach Massgabe des Frachtbriefs und zwar vor der Annahme des Guts und Frachtbriefs bloss retentionsweise, nach dieser Annahme aber auch aktionsweise.[15] Direkt hat er gegenüber dem Absender den Anspruch nur dann, wenn Frankatur verabredet ist, anderenfalls nur rückgriffsweise, d. h. nur unter der Voraussetzung, dass er den Empfänger vergeblich um Zahlung angegangen hat und dass er dem Absender mit dem Gute aufkommt. Denn nach allgemeiner Verkehrsanschauung soll der Frachtführer die Zahlung der Fracht und der anderen aus dem Frachtverhältniss sich ergebenden Nebengebühren zunächst vom Empfänger zu erlangen suchen, weil diesem das Gut zugeht und die Fracht als ein Element des Werthes des Gutes auf demselben ruht. Erst wenn dieser Versuch misslingt und der Frachtführer dem Absender mit dem Gute aufkommt, also nur bedingungsweise, haftet der Absender.[16]

5. Die Höhe der Fracht kann gegenüber dem Empfänger anders bestimmt sein, als gegenüber dem Absender. Hat diese Differenz ihren Grund darin, dass Absender und Empfänger jeder zu einem bestimmten Theil die Fracht tragen sollen, so ist der Absender seinen Theil direkt, dagegen den Theil des Empfängers nur regressweise schuldig. Liegt dieser Grund aber nicht vor, so hat der Absender die Fracht in der von ihm versprochenen Höhe, aber nur regressweise zu leisten.

II. Der Frachtführer hat einen Anspruch auf **Vergütung für die Nebenleistungen,** die er für das Gut oder für den Absender gemacht hat. Nach dem Reglement[17] hat er einen Anspruch auf derartige Nebengebühren nur in so weit, als dieselben im Tarife vorgesehen sind. Es gehören hierher insbesondere:

1. Die Gebühr für Ausschreibung bezw. Ausfüllung des Frachtbriefs.

---

[13]) Regl. § 59 Abs. 9 Z. 4. — S. o. § 339 II 2 S. 313—315 u. § 340 VI 3 S. 339, 340.

[14]) Art. 398, 399 u. o. § 339 III 3 b. S. 323—325.

[15]) S. u. § 346 I 2 d; II 2.

[16]) Art. 412 u. unten § 346 a. E. u. § 349 III.

[17]) § 52 Abs. 1 S. 2.

2. Zähl- und Wiegegelder.[18])

3. Rollgelder, d. h. Abholungs- und Ueberbringungsgebühren.[19])

4. Auf- und Abladegebühren.

5. Lagergelder, Liegegelder, Wagenstrafmiethen und Standgelder bei Equipagen und Fahrzeugen.[20])

6. Entschädigungsgelder für Ueberladung der Wagen,[21]) wegen Beschädigung der Fahrzeuge durch Auf- und Abladen oder bei Gelegenheit desselben.[22])

7. Nachnahmeprovisionen.[23])

III. Der Frachtführer hat einen Ersatzanspruch für seine **baaren Auslagen und Verwendungen,** insofern dieselben zur Ausführung des Transports oder zur Erhaltung des Guts nothwendig[24]) und angemessen sind, und sie der Frachtführer nach der Natur des Frachtgeschäfts oder nach der Uebung des Verkehrs oder nach Verabredung nicht selbst zu bestreiten hat, oder insofern dieselben in Folge vertragsmässiger Vereinbarung gemacht werden.[25]) Auch die Eisenbahnen haben diesen Ersatzanspruch und zwar für alle Baarauslagen schlechtweg, nicht bloss für die in den Tarifen vorgesehenen.[26]) Es gehören hierher insbesondere:

1. Zollgelder und Steuergefälle.[27])

2. Statistische Gebühren.

3. Kosten für Ueberführung, z. B. von einem Bahnhof zum andern.[28])

4. Reparaturkosten an den Gütern während des Transportes, sowie Auslagen wegen Ausbesserung mangelhafter Verpackung.[29])

5. Desinfektionskosten.[30])

6. Versicherungsgebühren.

---

[18]) Regl. § 50 Z. 2 Abs. 1 S. 2 u. dazu Eger I S. 99, 100. Regl. § 52 Abs. 4 und dazu Eger II S. 353—355. Regl. § 59 Abs. 12 und dazu Eger II S. 191, 192.

[19]) Regl. § 52 Abs. 2 und dazu Eger II S. 350. Regl. § 59 Abs. 5 und dazu Eger II S. 165—170.

[20]) Art. 290 Abs. 1. Regl. § 28 Abs. 2 S. 3, § 36, § 60 Z. 2 Abs. 1 S. 1; Z. 3 Abs. 1; Z. 4—6 und dazu Eger II S. 203—205, 209, 210, 212—217. Vgl. R.O.H.G. XIX 29 S. 93, 94.

[21]) Regl. § 52 Abs. 7 und dazu Eger II S. 356—358.

[22]) Regl. § 67 Z. 4 S. 2 und dazu Eger III S. 265.

[23]) Art. 290 Abs. 1. Regl. § 54 Abs. 3 u. 4 und dazu Eger II S. 371—373.

[24]) Nützliche Verwendungen werden nicht leicht vorkommen, würden jedoch ebenfalls einen Ersatzanspruch auf Grundlage des Frachtverhältnisses begründen. Vgl. L. 55 § 1 D. locati (19, 2).

[25]) R.O.H.G. XX 56 S. 187—192. — Chaussee- und Brückengelder und die gewöhnlichen Konservirungskosten des Guts hat der Frachtführer selbst zu tragen, während der Schiffer sehr oft die Ufergelder ersetzt verlangen kann.

[26]) Regl. § 52 Abs. 1 S. 3 und dazu Eger II S. 348—350; vgl. I S. 212.

[27]) Regl. § 51 Abs. 2, 3 und dazu Eger I S. 138—140.

[28]) Regl. § 52 Abs. 1 S. 3.

[29]) Regl. a. a. O. Eger I S. 263.

[30]) Regl. § 48 Anl. D. XXXII 6; XXXIII 7.

7. Avisirungskosten, falls sie usance- oder vertragsmässig dem Avisirten zur Last fallen.[31])

8. Auf das Gut geleistete Vorschüsse und verauslagte Nachnahmen.[32])

Von seinen sämmtlichen Baarauslagen und Verwendungen kann der Frachtführer Zinsen zu 6% vom Tage ihrer Leistung bezw. Beschaffung an fordern.[33]) Doch ist im Bahnverkehr eine Zinsenberechnung unpraktisch.

IV. Der Frachtführer hat einen Anspruch auf die verabredeten oder reglementarischen **Konventionalstrafen**, z. B. wegen unrichtiger oder ungenauer Deklaration,[34]) wegen Wagenüberladung.[35]) —

Das Reglement bestimmt, dass, wenn in Folge unrichtiger Anwendung des Tarifs oder von Fehlern bei der Gebührenrechnung oder unrichtiger Deklaration die Eisenbahn zu wenig bekommen hat, sie einen Nachforderungsanspruch haben soll. Dabei ist es gleichgültig, ob das Gut frankirt war oder nicht. Nur wenn durch die Nachforderung für den Zahlungspflichtigen ein unwiederbringlicher Nachtheil entstehen würde (z. B. er hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Gebührenrechnung die Waaren verkauft), und derselbe an der irrthümlichen Gebührenrechnung unschuldig ist, hat er keine Verpflichtung zur Nachzahlung.[36]) Umgekehrt hat aber auch der Zahlungsleistende ein Rückforderungsrecht, falls er in Folge unrichtiger Anwendung des Tarifs oder irriger Gebührenrechnung zuviel bezahlt hat. Ja es sind sogar zuviel erhobene Beträge dem Bezugsberechtigten thunlichst zu **avisiren** (nicht: zu übersenden).[37])

V. Der Frachtführer hat einen Anspruch auf **Ersatz der Schäden und Nachtheile**, welche ihm durch das Frachtgut oder die Mängel der Begleitpapiere oder durch anderes auf die Ausführung des Transports nachtheilig einwirkendes Verschulden des Absenders bezw. Empfängers zugefügt worden sind.[38])

VI. Der Frachtführer hat bei Ablieferung des Guts einen Anspruch auf eine **Empfangsbescheinigung** bezw. auf Rückgabe des von ihm ausgestellten Recepisses.[39]) Nach dem Reglement hat sich diese Empfangsbescheinigung **lediglich** auf den Empfang zu beschränken; ein Anerkenntniss richtigen und rechtzeitigen

---

[31]) Vgl. Spezialbest. des Tarifverbands zu Regl. § 59. R.O.H.G. XVII 101 S. 424, 425. Eger II S. 165, 349.

[32]) Regl. § 54 Abs. 1, 2, 4. Dazu Eger II S. 367—371, 372, 373.

[33]) Art. 290 Abs. 2.

[34]) Regl. § 24 S. 2, § 34 Abs. 5, § 48 C., § 50 Z. 4 Abs. 3, und dazu Uebereink. Art. 17 Z. 2 und Eger I S. 121—123, II S. 379—380.

[35]) Regl. § 52 Abs. 7. Dazu Uebereink. Art. 19 Z. 2 und Eger II S. 377—380.

[36]) Vgl. auch Entw. von 1874 § 45 u. Mot. S. 77.

[37]) Regl. § 34 Abs. 5, § 50 Z. 4 Abs. 3, § 53 Abs. 2. Dazu Eger I S. 107—109, II S. 362—367. Ueber die Regulirung der Frachtreklamationen Uebereink. Art. 23 und dazu Eger II S. 384—386. — R.O.H.G. IX 23 S. 71—77, XXI 57 S. 181—185, XXIII 100 S. 304—308.

[38]) Regl. § 24 S. 2, § 48 C., § 51 Abs. 3 S. 2.

[39]) Windscheid § 344 Not. 8 und Text dazu. Regl. § 28 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4 S. 3, § 36 S. 1, § 41 Abs. 2 S. 1, § 42 Abs. 4 § 43 Abs. 3 S. 2. Vgl. Prot. S. 854, 855.

Empfangs kann wegen des Präjudizes des Art. 408 Abs. 1 bezw. des Regl. § 64 Abs. 4 S. 2 nicht verlangt worden.[40])

VII. Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeter Forderungen, sowie wegen der Zollgelder und anderer Auslagen **ein gesetzliches Pfandrecht** an dem Frachtgut[41]) nebst Absonderungsrecht im Konkurse des Eigenthümers.[42])

1. Das Pfandrecht **erstreckt sich** auf das gesammte Frachtgut.

2. Das Pfandrecht wird **begründet** durch den frachtmässigen Detentionserwerb des Guts, d. h. der Frachtführer muss das Gut als Frachtführer auf Grund des Frachtgeschäfts in Gewahrsam bekommen haben; es genügt nicht jede beliebige Uebergabe an den Frachtführer. Ausserdem muss dieser Detentionserwerb bona fide geschehen sein, und er ist dies, wenn der Frachtführer im Moment der Uebergabe den Absender für befugt hielt, das Frachtgeschäft mit ihm in der stattgehabten Weise abzuschliessen.[43]) Dagegen ist es keine Voraussetzung für die Entstehung dieses gesetzlichen Pfandrechts, dass der Pfandschuldner Kaufmann ist und das Frachtgut in seinem Handelsbetriebe übergeben hat.[44])

3. Das Pfandrecht **besteht:**

a. **Wegen aller durch den konkreten Frachtvertrag bezw. das konkrete Frachtverhältniss begründeter Forderungen.** Durch den Frachtvertrag begründet sind sowohl die Forderungen wegen Pflichtverletzung bei der Vertrags-Eingehung als solcher, wie z. B. die Ansprüche auf Lagergelder und Wagenstrafmiethen wegen Verzögerung der Auflieferung oder ordnungsmässigen Be-

---

[40]) Regl. § 59 Abs. 9. Dazu Eger II S. 175—179.

[41]) Art. 409. — Preuss. Entw. Art. 316. Entw. I. Les. Art. 344. Entw. II. Les. Art. 382. — Prot. S. 832—834, 1239, 4759—4761, 5102, 5103. Monit. 469—474. — Vgl. zu Art. 409 insbes. Laband in Goldschmidts Zeitschr. IX S. 471—477. Goldschmidt I 2 § 97 S. 1021 ff. Eger II S. 526—569. — Schon Straccha de navibus p. 3 n. 49 gibt dem Schiffer ein „pignus tacitum cum jure praelationis" an den „invectae et illatae res pro vectura navis". Desgl. Marquard de jure mercat. l. 2 c. 2 n. 2. Negusantius de pignoribus (4. ed. Col. Agripp. 1653) pag. 217—219 n. 140—142: „nam navis aequiparatur praedio urbano;" Negusantius dehnt dieses Pfandrecht auf die merces pro vectura jumentorum aus; „nam talis merces aequiparatur mercedi debitae pro horreo vel area." Caponius discept. for. 207 n. 39. — Spätere deutsche Juristen, wie Petrus Mieth c. 4 § 4, Harpprecht, Recht der Fuhrleute IV cap. § 2 S. 47, 48 u. de jure aurig. XXXII pag. 48, 49, Salander IV cap. § III S. 22, Münter I S. 110, Bender § 73 Not. a S. 170, Pöhls I S. 150, Heyse S. 79 Nr. 3 geben dem Frachtfuhrmann ein Retentionsrecht nach Analogie von l. 15 i. f. D. de furt (47, 2); l. 13 § 8 D. de A. E. V. (19, 1); l. 31 § 8 D. de aed. ed. (21, 1). — Der Code civ. art. 2102, 6°, das Span. H.G.B. Art. 228 ff. und im Anschluss daran der Würtemb. Entw. Art. 123, 125 und das R.H.G.B. Tit. V Art. 47, 48 gewähren ein Vorzugsrecht an dem Frachtgute. Dagegen räumt die Preuss. A. G.O. I 50 § 383 (vgl. A. L.R. II 8 § 1722—1725) und im Anschluss daran die Preuss. K.O. v. 1855 § 33 Z. 6 ein wirkliches Pfandrecht ein, und diesem letztern System folgt unser Art. 409, sowie der analoge Art. 624.

[42]) K.O. § 40, 41 Z. 8.

[43]) Art. 306 Abs. 3 verb. mit Abs. 1, 2. Goldschmidt S. 1022, 1023. Laband S. 465. Vgl. R.O.H.G. XV 118 S. 424.

[44]) Laband S. 460. Goldschmidt S. 1022. A. M. Hahn Art. 374 § 3 a. E. S. 497, Art. 382 § 2 S. 546.

ladung der Wagen;[45]) als auch die Forderungen wegen der Fracht und der Nebengebühren, wie z. B. Zähl- und Wägegelder, Rollgelder, Auf- und Abladegebühren, Nachnahmeprovisionen u. dgl.; als auch die Forderungen wegen Rückgängigmachung des Vertrags, wie die Ansprüche auf Lagergelder und Reugelder;[46]) als auch die Forderungen wegen Verletzung des Vertrags und wegen Schadenszufügungen, wie z. B. in Folge Unrichtigkeit oder Unzulänglichkeit der Begleitpapiere, in Folge der Aufgabe gefährlicher Gegenstände oder der Ueberladung der Wagen u. dgl.; als auch endlich die Forderungen wegen der gestörten Erfüllung des Vertrags, wie z. B. die Ansprüche auf Liegegelder, Lagergelder, Standgelder, Wagenstrafmiethen. Im Eisenbahnverkehr sind alle diese Forderungen um so mehr als durch den Frachtvertrag begründete anzusehen, weil sie durch Bezugnahme des Frachtbriefs auf das Reglement, in dem sie enthalten sind, vertragsmässig versprochen werden.

b. Wegen der **Zollgelder**, d. h. wegen aller Zoll- und Steuergebühren im weitesten Sinn des Wortes.[47])

c. Wegen **anderer Auslagen**. Unter Auslagen sind in einem engern Sinne alle nothwendigen und nützlichen Werthverwendungen zu verstehen, die der Frachtführer aus seinem Vermögen auf das Frachtgut oder auf die Beförderung desselben macht, ohne dieselben selbst bestreiten zu müssen. Alle diese Werthverwendungen erhöhen oder erhalten den Werth des Frachtguts, stecken also in demselben, so dass sie der Frachtführer durch Ausübung des Pfandrechts einfach wieder herauszieht. Es ist einerlei, ob solche Auslagen in Baarzahlungen bestehen, oder in Naturalleistungen von Gegenständen, die dem Frachtführer gehören (z. B. Futter für transportirtes Vieh, Packtuch u. dgl.), oder in der Uebernahme von Verbindlichkeiten zur Anschaffung solcher Gegenstände, oder in der Liberirung von Lasten, die auf dem Gute liegen (Befreiung von Arrestanlage u. dgl.). Dagegen fällt nicht unter den Begriff der Auslage der **Vorschuss** auf den Werth des Guts, insoweit derselbe bloss Vorschuss und nicht gleichzeitig Nachnahme ist; desshalb ist derselbe auch nicht durch ein gesetzliches Pfandrecht gedeckt.[48]) Fraglich ist es, in wieweit das gesetzliche Pfandrecht wegen der **Nachnahmeforderungen** besteht.[49]) Dabei ist zu unterscheiden:

α. Verauslagte Spesen- und Auslagennachnahmen sind entschieden Verwendungen auf das Gut, die im Werthe desselben stecken. Allein wegen ihrer hat der Frachtführer das Pfandrecht des befriedigten Vormanns.

β. Nicht verauslagte Spesen- und Auslagennachnahmen begründen zwar

[45]) Regl. § 60 Z. 2 Abs. 1.

[46]) Regl. § 60 Z. 1.

[47]) Nicht hierher gehören die Gebühren für Sanitätskontrole und statistische Feststellungen u. dgl. Irrig Eger II S. 546.

[48]) Derselbe wird höchst selten vorkommen; denn der Frachtführer ist zwar da, um Nachnahmen einzuziehen, eventuell dieselben schon vor der Einziehung vorzulegen, er ist aber nicht dazu da, um Vorschüsse auf das Gut zu geben, wie der Kommissionär und Spediteur. Dass im Sinne des H.G.B. Werthvorschuss und Auslage verschiedene Begriffe sind, geht hervor aus Art. 374 Abs. 1 u. Art. 382 Abs. 1; vgl. Art. 290 Abs. 2, 3.

[49]) Vgl. über das Nachnahmepfandrecht R.O.H.G. XV 58 S. 200, 201. Trib. Königsberg vom 22. Febr. 1865 in Löhrs C.O. N. F. II S. 67. Laband S. 462—464, 471. Eger II S. 547—554, 636, 637.

kein selbständiges Pfandrecht des abliefernden Frachtführers, wohl aber seiner Vormänner, so dass es der abliefernde Frachtführer kraft des Art. 410 Abs. 1. 4 für diese ausüben kann.

γ. Die Verauslagung einer Werthnahme ist eine Baarauslage des Frachtführers zur Befreiung des Gutes von dem durch die Nachnahmeauflegung entstandenen Beförderungshindernisse. Eine gleiche Befreiung bewirkt der Frachtführer auch ohne Verauslagung der Werthnachnahme, indem er dem Absender gegenüber eine Verbindlichkeit auf Zahlung des Nachnahmebetrags dadurch auf sich nimmt, dass er das Frachtgut an den Empfänger ohne Auslösung der Nachnahme seitens desselben ausliefert; darin ist eine Auslage durch Uebernahme einer Verbindlichkeit enthalten. Dagegen kann die nicht vorgelegte Werthnachnahme vor der Uebergabe des Guts an den Empfänger nach keinem Gesichtspunkte unter den Begriff der Auslage gebracht werden. Während also im letzteren Fall von dem gesetzlichen Pfandrecht nicht die Rede sein kann, ist für die beiden ersten Fälle vom Gesichtspunkte der Auslage aus ein solches Pfandrecht zu statuiren. Denn nichts nöthigt uns, den Begriff Auslage lediglich in dem engeren Sinne einer Werthverwendung in das Gut selbst zu verstehen, und die Verwendung auf die Beförderung des Guts, die nicht in den Werth desselben übergeht, davon auszuschliessen.[50]) Und das nämliche praktische Bedürfniss, welches das Pfandrecht des Kommissionärs und Spediteurs für die auf das Gut gegebenen Vorschüsse veranlasst hat, spricht auch für das Pfandrecht des Frachtführers wegen verauslagter Nachnahmen, sowie derselbe legislative Grund, welcher die Fortdauer des Fracht-Pfandrechtes überhaupt auch nach der Ablieferung des Gutes rechtfertigt, eben so treffend für die Existenz eines gesetzlichen Pfandrechtes wegen nicht verauslagter und bei der Ablieferung nicht ausgelöster Nachnahmen geltend gemacht werden kann.

Um das Pfandrecht des Frachtführers wegen der Nachnahmen zu begründen, ist derselbe nicht verpflichtet, die Rechtmässigkeit der Nachnahmen oder die materielle Befugniss des Nachnehmenden zur Auflegung von solchen zu prüfen.[51])

Es ist schliesslich zu bemerken, dass das Pfandrecht des Frachtführers auch wegen solcher Forderungen besteht, die nicht aus dem Frachtbrief ersichtlich oder nicht darin vermerkt sind. Desshalb ist es auch begründet, wenn gar kein Frachtbrief ausgestellt ist.[52])

4. Das Pfandrecht **dauert** prinzipiell, solange die Verfügungsgewalt des Frachtführers über das Gut vorhanden ist, also:

a. So lange das Gut **„zurückbehalten“** ist, d. h. so lange es der Frachtführer wegen Nichtablieferung an den Empfänger in Gewahrsam hat. Hätte er es abgeliefert und nachträglich zufällig wiederbekommen, so wäre es unterge-

[50]) Gegen die engere Auffassung sprechen die Prot. S. 3925.

[51]) Prot. S. 1220, 1221, 1226—1228. R.O.H.G. XX 56 S. 190, 191, XXIV 75 S. 288. — Laband S. 462—464, 477 Not. 15. Anschütz Art. 382 S. 405. Puchelt Art. 382 Anm. 1 S. 333. Eger II S. 323, 548, 549. Vgl. jedoch auch Hahn Art. 410 § 3—5 S. 668 u. 669.

[52]) Eger II S. 544, 545. Vgl. jedoch auch Hahn Art. 410 § 3 S. 668 Nr. 3. Thöl S. 71.

gangen und nicht wieder neu begründet. Gleichgültig ist es aber, ob der Frachtführer selbst retinirt oder für ihn ein Vertreter, z. B. der letzte Frachtführer für einen früheren.[53])

b. So lange das Gut **„niedergelegt“** ist in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten. In diesem Falle retinirt der Frachtführer desshalb, weil der Depositar für ihn detinirt.

Anomaler Weise dauert aber das Pfandrecht auch noch nach der Ablieferung **pendent** fort unter der doppelten Voraussetzung, dass der Frachtführer es binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, und dass das Gut zur Zeit der Geltendmachung noch bei dem Empfänger oder einem Dritten sich befindet, der es für den Empfänger besitzt.[54]) Bei der Berechnung der 3tägigen Frist wird der Tag der Ablieferung nicht mitgezählt.[55]) Und fällt der 3. Tag auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so kann die Geltendmachung des Pfandrechts noch am nächstfolgenden Werktag stattfinden.[56]) Die Geltendmachung des Pfandrechts muss unter allen Umständen eine gerichtliche sein. Dazu genügt es, dass das Gesuch des Frachtführers um Anordnung der Pfandrealisirung bei dem kompetenten Gerichte vor Ablauf der Frist eingereicht wird, während die Anbringung der Klage auf Zahlung der Fracht für sich allein, d. h. ohne Antrag auf Realisirung des Pfandrechts, nicht hinreichend ist.[57]) Ist es rechtzeitig und richtig geltend gemacht, so ist es dadurch **perpetuirt**, und seine Realisirung kann dann auch noch nach Ablauf der 3tägigen Frist stattfinden.[58]) Der Empfänger gilt während der 3tägigen Frist kraft Gesetzes als Vertreter des Frachtführers in Bezug auf die Disposition über das Frachtgut.[59]) Desshalb dauert des letztern Pfandrecht fort, falls der Empfänger während dieser Zeit die Verfügungsgewalt hat. Und er hat die Verfügungsgewalt, so lange er den unmittelbaren Gewahrsam oder bei unfreiwilligem Verlust desselben, so lange er noch ein Besitzmittel hat, z. B. die Spolienklage.[60]) Hat

---

[53]) Art. 410 Abs. 1, 4. Vgl. Art. 374 Abs. 1, 382 Abs. 1, 3.

[54]) Diese auch in Art. 624 Abs. 2 sanktionirte Abnormität, welche sich schon in der Preuss. K.O. von 1855 und in anderer Weise im Span. H.G.B. Art. 229, Würtemb. Entw. Art. 125 u. R.H.G.B. Tit. V Art. 48 findet, hat ihren Grund in den Interessen des Verkehrs, um einerseits den Frachtführer zu bestimmen, auch ohne sofortige Bezahlung der Fracht und Nebengebühren das Frachtgut abzuliefern, und um ihn andererseits trotzdem nicht schutzlos zu stellen. Mot. zum Preuss. Entw. S. 175. Prot. S. 832, 4763, 4764. Vgl. Thöl S. 70 Not. 2. Wehrmann S. 202 Not. 2.

[55]) Arg. Art. 328 Abs. 1 Z. 1. C.P.O. § 199. Laband S. 472, 473.

[56]) Arg. C.P.O. § 200 Abs. 2. Irrig Laband S. 473: „spätestens am nächst vorhergehenden Werktage“, unter analoger Anwendung von Art. 330 Abs. 2, welcher aber hier nicht passt, wo es sich um die Wahrung eines Rechts und nicht um die Erfüllung einer Pflicht handelt.

[57]) Laband S. 473. Eger II S. 631.

[58]) Prot. S. 824. Laband S. 472, 473 Not. 5. Eger II S. 559—561. Ungenau sagt Hillig S. 43, das Pfandrecht bestehe noch 3 Tage lang nach der Auslieferung.

[59]) Vgl. Thöl S. 70 Not. 2. Eger II S. 563.

[60]) Denn durch das Besitzmittel wird die für das Pfandrecht erforderliche thatsächliche Verfügungsgewalt wenigstens pendent forterhalten. Das Besitzmittel muss dem

aber der Empfänger den Gewahrsam freiwillig aufgegeben, so dauert seine Verfügungsgewalt nur fort, falls der Detentor für ihn detinirt, einerlei ob unmittelbar oder mittelbar, z. B. durch Dispositionspapiere.[61])

5. Dagegen ist das Pfandrecht als mit der Ablieferung **erloschen** anzusehen, wenn es nicht innerhalb 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend gemacht wird, oder wenn das Frachtgut vor der gerichtlichen Geltendmachung durch einen Veräusserungsakt des Empfängers in den Gewahrsam eines Dritten gelangt, der es nicht für den Empfänger detinirt.[62]) Es ist auch dann erloschen, wenn das Gut nach der Ablieferung und vor der gerichtlichen Geltendmachung in den eigenen Gewahrsam des Frachtführers selbst gekommen ist und dieser es nicht für den Empfänger detinirt. Die Frage, ob das Pfandrecht nur zu Gunsten desjenigen dritten Erwerbers untergehe, der von seiner pendent fortdauernden Existenz nichts gewusst hat, ist zu verneinen; denn es handelt sich dabei nicht um den Verlust eines festbegründeten Pfandrechts durch Begründung eines entgegenstehenden Rechts, sondern nur um Vereitelung einer der Bedingungen, von deren Eintritt das definitive Bestehen jenes pendenten Pfandrechts abhängig gemacht ist.[63]) Anders ist es, wenn der Empfänger erst nach der gerichtlichen Geltendmachung des Pfandrechts das Pfandobjekt veräussert. Alsdann kommen die Art. 306—308, sowie C.P.O. § 236, 238 zur Anwendung. Auch ist es eine andere nach Konkursgrundsätzen zu beurtheilende Frage, ob nicht eine solche der Geltendmachung des Pfandrechts vor- oder nachgehende Veräusserung nach der K.O. § 22 ff. angefochten werden kann.

6. Die **Realisirung** des Pfandrechts geschieht in den Formen des Art. 407 Abs. 4, 5.[64]) Darnach ist der Pfandverkauf ein öffentlicher. Angeordnet wird derselbe durch Verfügung des Amtsgerichts der gelegenen Sache auf Grund eines vom Frachtführer gestellten Antrags ohne vorausgegangene kontradiktorische Verhandlung. Ist jedoch die Gegenpartei am Orte anwesend, so wird sie vor Erlass der gerichtlichen Verfügung vorgeladen und gehört. Die Verkaufsbewilligung und den Vollzug des Verkaufs braucht der Frachtführer dem Gegner nicht anzuzeigen.[65]) Voraussetzung der Geltendmachung des Pfandrechts ist **vor** der Ablieferung Nichtbefriedigung der pfandrechtlich gedeckten Ansprüche des Frachtführers in Folge eines der Ablieferungshindernisse des Art. 407 Abs. 1, **nach** der Ablieferung das Vorhandensein einer noch nicht befriedigten Pfandforderung. Dagegen ist Verzug des Zahlungspflichtigen niemals Voraussetzung

---

Dispositionspapiere gleichstehen. Dies scheint auch die Ansicht Labands S. 471 Not. 1a zu sein. A. M. Goldschmidt S. 1025. Thöl S. 72. Einführungsges. zur K.O. § 14 Abs. 1 (?). — Hat nicht der Frachtführer selbst das Besitzmittel, da der Empfänger sein Besitzvertreter ist?

[61]) Vgl. Art. 313 Abs. 1, Art. 374 Abs. 1.

[62]) Vgl. Art. 624 Abs. 2 a. E.

[63]) Vgl. Laband S. 472. Hahn Art. 409 § 3 S. 665. A. M. Kuhn in Buschs Arch. 6 S. 401. Wehrmann S. 202.

[64]) Art. 409 Abs. 2; vgl. Art. 626 Abs. 1, 3. Laband S. 475, 476. Goldschmidt S. 1027. Oben § 341 II 2 c. S. 358, 359.

[65]) Anders Art. 310 Abs. 3.

dieser Pfandrealisirung.[66]) Durch Deposition der Forderungssumme bezw. durch Kautionsstellung für dieselbe wird der Pfandverkauf nicht vereitelt.[67]) Selbstverständlich kann der Frachtführer beim Vorhandensein der bezüglichen Voraussetzungen die Realisirungsformen des kaufmännischen Faustpfandrechts oder des allgemeinen bürgerlichen Rechts statt der des Art. 407 Abs. 4, 5 gebrauchen. Auch kann die letztere reglementarisch oder vertragsmässig modifizirt werden.[68])

7. Das Pfandrecht besteht **auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Konkursmasse des Eigenthümers.**[69]) Aelteren Pfandgläubigern gegenüber hat es volle Wirksamkeit nur unter Voraussetzung der bona fides des Frachtführers.[70]) Dagegen ist es sehr bestritten, ob diese volle Wirksamkeit gegenüber älteren Pfandrechten auch davon abhängig ist, dass ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe Absender war. Die herrschende Ansicht, die sich lediglich auf den zweifelhaften Wortsinn des Art. 306 Abs. 3 stützt, bejaht diese Frage.[71]) Doch entspricht die entgegengesetzte Auffassung allein dem Geiste des Gesetzes und dem praktischen Bedürfnisse.[72]) Im Konkurse gewährt das Pfandrecht dem Frachtführer ein Recht auf abgesonderte Befriedigung; nur muss derselbe dem Konkursverwalter von dem Besitze des Guts und von den Forderungen, für welche er aus dem Gute abgesonderte Befriedigung in Anspruch nimmt, Anzeige machen und ihm auf Verlangen die Sache zur Ansicht und Abschätzung vorzeigen.[73])

8. Neben dem gesetzlichen Pfandrecht aus Art. 409 kann der Frachtführer ein **vertragsmässiges** Pfandrecht nach Massgabe der Art. 306 ff. haben.

VIII. Der Frachtführer hat unter den gewöhnlichen Voraussetzungen das **kaufmännische Retentionsrecht** des Art. 313—316 wegen aller fälligen Forderungen, die ihm gegenüber seinem Schuldner aus beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen.[74]) Nur wird die Voraussetzung des Art. 313 Abs. 2 sehr selten gegeben sein.[75]) Dieses Retentionsrecht, welches der Frachtführer nicht als solcher, sondern als forderungsberechtigter Kaufmann gegenüber einem andern Kaufmann hat, ist nicht zu verwechseln mit dem ihm nach Art. 405 gegenüber

---

66) Anders Art. 310 Abs. 1.

67) Prot. S. 4759—4761. Vgl. R.O.H.G. XX 94 S. 377—379.

68) Art. 311. Regl. § 61 Abs. 4.

69) Art. 409 Abs. 3; vgl. Art. 626 Abs. 2.

70) Art. 306 Abs. 2, 3.

71) Laband S. 452, 465, 466, 471. Hahn Art. 409 § 3 S. 664, 665. Anschütz Art. 374 IV S. 373—375, Art. 382 IV S. 407, Art. 409 S. 454. Puchelt Art. 409 Anm. 1 S. 395. Vgl. Endemann in diesem Handbuch II § 176 III, S. 71, 72.

72) Goldschmidt S. 1023, 1024. Eger II S. 539.

73) K.O. § 40, 41 Z. 8, § 108—110. Das Nähere in diesem Handbuch II § 180 S. 90—92.

74) Prot. S. 768—771. Dagegen hat er jetzt kein partikularrechtliches Privilegium exigendi mehr. Einf.Ges. z. K.O. § 4 Abs. 1; vgl. jedoch auch § 12.

75) Sie ist z. B. gegeben, wenn der Empfänger nicht annimmt; desshalb irrig Eger II S. 321.

dem Empfänger zustehenden Retentionsrecht. Letzteres erstreckt sich bloss auf Forderungen, die sich aus dem Frachtbriefe ergeben. Will der Frachtführer wegen nicht frachtbriefmässiger, aber aus dem Frachtverhältnisse sich ergebender Forderungen vor seiner Befriedigung nicht abliefern, und der Empfänger weder Zahlung noch Kaution leisten, so bleibt ihm nichts übrig, als wegen Ablieferungshindernisses die Deposition bezw. den Verkauf des Guts nach Art. 407 und 409 bei Gericht zu beantragen.

§ 345.

6. Rechtsverhältniss zwischen Absender und Frachtführer.

Aus dem Frachtverhältnisse gehen eine Reihe spezieller Rechtsbeziehungen zwischen Absender und Frachtführer hervor, die den Empfänger nicht berühren.

I. Unter Umständen kann ein **Rücktritt** vom Frachtvertrage stattfinden.

1. Der **Absender** kann ganz **willkürlich** vom Vertrage zurücktreten, indem er dem Frachtführer entweder den Beginn oder die Fortsetzung des Transports untersagt. Dieser sowohl im gemeinen Rechte,[1] als auch in mehreren Landesgesetzen[2] für die loc. cond. operis ausdrücklich sanktionirte Satz ist zwar im H.G.B. nicht besonders ausgesprochen, ergibt sich aber sowohl aus der Natur der Sache als auch folgeweise aus einer Reihe von Bestimmungen des H.G.B. selbst.[3] Nur die Eisenbahn kann aus gerechtfertigten Gründen die Zurückgabe des Guts auf einer Zwischenstation verweigern.[4]

Selbstverständlich muss aber der Absender dem Frachtführer dessen volles Interesse, bestehend aus Ersatz für geleistete Arbeiten, gemachte Auslagen und entgangenen Gewinn, ersetzen.[5] Ebenso selbstverständlich hat der Absender in Bezug auf die Wiederausladung die nämlichen Facilitäten, wie der Empfänger in Bezug auf die Ausladung, also z. B. beim Flusstransport dieselbe Lösch- und Ueberliegezeit.[6] Ein für allemal fixirt ist dieses Rücktrittsinteresse des Frachtführers beim Eisenbahntransport. Nimmt hier der Absender die aufgelieferten Güter aus den Lagerräumen oder den Wagen der Eisenbahn vor deren Abfahrt zurück, so hat er ausser den tarifmässigen Auf- und Abladegebühren ein Lagergeld für jeden (vollen oder bloss angebrochenen) Tag vom Augenblick der auflieferung an, also a momento ad momentum gerechnet, zu entrichten. Und verlangt er das Frachtgut auf einer Zwischenstation der Transportstrecke zurück,

---

[1]) L. 60 § 4 D. locati (19, 2) und dazu Dankwardt in Jherings Jahrbb. XIII S. 332 Not. 3.

[2]) Code civ. art. 1794. Sächs. G.B. § 1252.

[3]) Art. 402 Abs. 1, Art. 416; vgl. Art. 581 ff., 631. — Ein spezieller Fall des willkürlichen Rücktritts ist der des Konkursverwalters des Absenders nach K.O. § 15.

[4]) Arg. Regl. § 60 Z. 1 Abs. 2 „und geht die Verwaltung auf dieses Verlangen ein u. s. w."

[5]) R.O.H.G. VI 63 S. 275, XVI 57 S. 199. — Vgl. Art. 631 „ohne zur Entschädigung verpflichtet zu sein". Code civ. art. 1794. Sächs. G.B. § 1252. Hahn Art. 402 § 1 S. 632. Endemann S. 728 Not. 33 und Text dazu. Eger II S. 90.

[6]) H.G. Mannheim vom 18. Sept. 1868 in Buschs Arch. 19 S. 180.

so hat er neben der tarifmässigen Fracht für die bereits zurückgelegte Strecke noch das tarifmässige Reugeld zu bezahlen.[7])

2. Der **Absender** kann **aus gerechtfertigtem Grunde** zurücktreten:

a. Wenn der Frachtführer in **Konkurs** gerathen ist, und der Konkursverwalter sich nicht auf Befragen des Absenders unverzüglich darüber erklärt, ob er den Transport vollziehen bezw. vollenden will.[8]) Da das Wahlrecht des Konkursverwalters nunmehr auf den Absender übergeht, so kann derselbe im Falle seines Rücktritts nichts verlangen, haftet aber seinerseits bei theilweiser Ausführung des Transports auf die Bereicherung bezw. auf Theilfracht und die sonstigen vom Frachtführer bereits gemachten Auslagen und Aufwendungen. Entgangenen Frachtlohn kann der Frachtführer nicht verlangen, weil er in Folge des Schweigens des Konkursverwalters das Recht auf Ausführung des Transports verloren hat.

b. Wenn der Antritt oder die Fortsetzung der Reise durch **Naturereignisse** (Frost, Schneefall, Ueberschwemmung, Erdrutsch u. dgl.) oder **sonstige Zufälle**, mögen diese die Kontrahenten oder ihre Leute oder die Transportmittel oder das Frachtgut selbst betreffen,[9]) zeitweilig verhindert wird.[10]) Gleichgiltig für das Rücktrittsrecht ist es, ob eine Lieferfrist bedungen ist oder nicht.[11]) Es ist selbstverständlich, dass nicht jede geringfügige Verzögerung des Transports zum Rücktritt berechtigt.[12]) Auf der andern Seite darf aber auch die zeitweilige Verhinderung nicht so weit gehen, dass sie den Zweck des Transports vereitelt und in Folge davon eine Unmöglichkeit der Erfüllung nach sich zieht; sie muss eine solche sein, die den Zweck des Transports bloss gefährdet.

Beschränkt ist das Rücktrittsrecht des Absenders im Eisenbahnverkehr in dem Fall, dass wegen einer Betriebsstörung die Fortsetzung des Transports auf dem vom Absender vorgeschriebenen oder von der Eisenbahn gewählten Wege nicht möglich ist, wohl aber auf einem andern wenn auch längern Wege stattfinden kann. Alsdann hat die Eisenbahn die Wahl zwischen drei Alternativen: entweder die Beseitigung der Störung abzuwarten, oder die Sendung auf Kosten des Absenders bezw. Empfängers über eine Hilfsroute dem Bestimmungsorte zuzuführen, oder endlich den Absender um anderweitige Disposition über die

---

[7]) Regl. § 60 Z. 1 und dazu Eger II S. 199—203. Vgl. Regl. § 52 Abs. 1.

[8]) K.O. § 15. Besondere partikuläre Bestimmungen, die nach K.O. § 20 zur Anwendung kommen könnten, bestehen in dieser Beziehung nicht.

[9]) Ohne Grund schliesst Hahn Art. 394 § 5 S. 590, 591 Ereignisse, welche in Betreff des zu transportirenden Guts sich zutragen, aus. Richtig Eger I S. 156, 157.

[10]) Art. 394 Abs. 2. — Preuss. Entw. Art. 309 Abs. 2, 3. Entw. I. Les. Art. 334 Abs. 3, 4. Entw. II. Les. Art. 370 Abs. 3. — Prot. S. 788—793, 1228, 1229, 4684—4688, 5094. Monit. 432, 435—437. Regl. § 58 Abs. 1. Eger I S. 154—168, 183—187.

[11]) Anschütz Art. 394 S. 431. Die entgegengesetzte Ansicht Makowers Art. 394 Anm. 9a würde den Absender mit Lieferzeit ungünstiger stellen, als den ohne Lieferzeit.

[12]) Vgl. Prot. S. 789—793, 4684—4688. Hahn Art. 394 § 6 S. 591. Thöl § 21 Not. 2 S. 32, 33.

Güter anzugehen. Unter diesen drei Möglichkeiten hat sie diejenige auszuwählen, welche den Interessen der Betheiligten am meisten entspricht.[13])

Der Absender braucht sein Rücktrittsrecht nicht sofort nach Eintritt des Hindernisses bezw. nach erlangter Kunde davon auszuüben, vielmehr steht ihm dasselbe so lange zu, als das Hinderniss dauert, nachher aber nicht mehr.[14]) Auch liegt in der vorübergehenden Sistirung des Transports, welche der Absender bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnet, kein Rücktritt von dem bisherigen Frachtvertrag, falls an dessen Inhalt nichts geändert wird.[15])

Einerlei für das Rücktrittsrecht selbst ist es, ob der Frachtführer in Bezug auf das Hinderniss in Verschulden ist oder nicht. Dagegen ist dieser Unterschied von der grössten Bedeutung für die Wirkungen des Rücktritts. Denn

α. trifft den Frachtführer kein Verschulden, liegt also reiner Zufall vor, so muss ihn der Absender entschädigen: einmal wegen der Kosten zur Vorbereitung der Reise, z. B. der Anschaffung und Miethung der Transportmittel, der Engagirung des Transportpersonals, der Wiegegebühren, Verpackungs- und Verladungskosten, Auslagen für geführte Korrespondenz u. dgl.; sodann wegen der Kosten der Wiederausladung, z. B. Arbeitslöhne, Miethgelder für die hierzu gemietheten Geräthe, Lagergelder, Hafengelder u. dgl.; und schliesslich wegen der Ansprüche in Beziehung auf die bereits zurückgelegte Reise. Zu den letzteren gehört vor allen Dingen der Anspruch auf Theil-(Distanz-)fracht, d. h. auf die Fracht nach Verhältniss der zurückgelegten zur ganzen Reise.[16]) Dagegen hat der Frachtführer keinen Anspruch auf den durch Nichtausführung oder Unterbrechung des Transports entgangenen Gewinn, keinen Anspruch auf Liege- oder Wartegelder, wenn er auch noch solange auf die Beseitigung des Hindernisses wartete und während dieser Zeit seine Arbeitskraft und sein Frachtkapital anderweitig hätte verwerthen können.[17]) Ueber die Höhe aller dieser Ansprüche entscheidet zunächst der Ortsgebrauch, d. h. der Gebrauch des Ortes, von welchem aus die Reise anzutreten ist[18]), und in dessen Ermangelung das richterliche Ermessen, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen. Nur bei Eisenbahnen entscheidet weder der Ortsgebrauch noch der Richter, sondern die Tarife.[19])

β. Trifft den Frachtführer ein Verschulden (casus mixtus), sei es dass er den Eintritt des Hindernisses selbst verursacht, sei es dass er bloss dessen hindernde Einwirkung auf den Transport verschuldet hat, so haftet er dem Absender auf Ersatz alles Schadens, welcher durch das Hinderniss herbeigeführt worden ist, also z. B. wegen Preisminderung, Verschlechterung oder Vernichtung

---

[13]) Regl. § 58 Abs. 2. Dazu Eger I S. 185—187.

[14]) O.Trib. Berlin v. 12. April 1864 in Goldschmidts Zeitschr. X S. 154, 155.

[15]) Wie in dem Fall des R.O.H.G. III 27 S. 133 ff., wo der Transport nach Königsberg umgeändert wurde in einen Transport nach dem nähern Wehlau.

[16]) Vgl. Art. 632 Abs. 1, Art. 633.

[17]) Vgl. cit. Entsch. des O.Trib. Berlin.

[18]) Prot. S. 785, 4679. Hahn Art. 394 § 1 S. 588, 589.

[19]) Regl. § 58 Abs. 1. Dazu Eger I S. 183—185.

des Frachtguts u. dgl., ganz nach allgemeinen Grundsätzen,[20]) ausserdem aber auch nach Art. 395, 396.[21]) Er selbst hat gegenüber dem Absender nur einen Bereicherungsanspruch.[22])

γ. Hat die Verzögerung des Antritts oder der Fortsetzung der Reise ihren Grund lediglich im Willen des Frachtführers, so greift das Rücktrittsrecht des Art. 394 Abs. 2 nicht Platz. Die gegentheilige Ansicht[23]) widerspricht sowohl dem Wortlaut des Artikels,[24]) als auch der Entstehungsgeschichte desselben,[25]) als auch dem Willen des Gesetzgebers.[26]) Vielmehr kommen für diesen Fall ausschliesslich die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Darnach kann zwar der Natur des Frachtvertrags entsprechend der Absender willkürlich vom Vertrag zurücktreten, allein ein eigentliches Rücktrittsrecht wegen Verzugs hat er nur, wenn sein Interesse den Rücktritt verlangt, d. h. wenn der Zweck des Transports durch die Verzögerung des Frachtführers gefährdet oder vereitelt ist,[27]) bezw. wenn das Partikularrecht ihm ein solches einräumt.[28]) In beiden Fällen haftet der Frachtführer auf Schadenersatz, während er selbst einen Gegenanspruch nur nach dem Gesichtspunkt der Bereicherung hat.

---

[20]) R.O.H.G. III 27 S. 137. Thöl S. 33, 34.

[21]) Nicht aber auch nach Art. 397—399, die Vollzug des Transports voraussetzen.

[22]) Prot. S. 4686.

[23]) Thöl S. 33. Eger I S. 161, 162 in Widerspruch mit seiner eigenen Ausführung S. 156, 157 und II S. 159.

[24]) Weder der Ausdruck „Zufälle", noch der Ausdruck „verhindert" passt auf das reine Verschulden des Frachtführers, indem ersterer ein vom Willen unabhängiges Ereigniss, letzterer ein äusseres Hemmniss begrifflich voraussetzt.

[25]) Der nicht glücklich redigirte Art. 394 Abs. 2 ist folgendermassen entstanden. Im Preuss. Entw. Art. 309 Abs. 2 hiess es: „Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise durch Naturereignisse oder sonst ohne Verschulden des Frachtführers verhindert, so braucht der Versender die Aufhebung des Hindernisses nicht abzuwarten; er kann vielmehr vom Vertrage zurücktreten, muss aber den Frachtführer entschädigen." Gegen den hier vorkommenden Passus „oder sonst ohne Verschulden des Frachtführers", der auch im Entw. I. Les. Art. 334 Abs. 3 und im Entw. II. Les. Art. 370 Abs. 3 stehen blieb, waren die Monita 435 (Bremen) und 436 (Baden) gerichtet. Insb. monirte Baden, es sei im besagten Abs. 3 deutlicher auszudrücken, dass das Verschulden des Frachtführers nur für die Entschädigungspflicht des Absenders, nicht für dessen Rücktrittsrecht von Einfluss wäre. Und in der Kommission wurde bei der III. Lesung geltend gemacht, dass jener Passus nothwendig zu der Ansicht führe, als solle dem Absender das Rücktrittsrecht dann nicht zustehen, wenn die Verzögerung des Antritts oder der Fortsetzung der Reise Folge eines Verschuldens des Frachtführers oder seiner Leute sei, was allerdings von anderer Seite bestritten wurde. Darauf beschloss man auf Antrag eines Mitglieds die gegenwärtige Fassung, um allen falschen Auslegungen vorzubeugen. Prot. S. 4685—4688. Nach diesen Vorkommnissen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Kommission einfach dem badischen Monitum nachkommen wollte und nachkam.

[26]) Der nach Ausweis der Prot. S. 4686 die Verschuldung des Frachtführers gar nicht in den Bereich seiner Normirungen ziehen, sondern der Beurtheilung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen überlassen wollte.

[27]) Fr. Mommsen Beitr. III S. 257, 258. Windscheid § 280 Not. 1.

[28]) Code civ. art. 1184.

3. Der **Frachtführer** kann zurücktreten, wenn der Absender in **Konkurs** geräth und dessen Konkursverwalter nicht unverzüglich auf Befragen des Frachtführers erklärt, ob der Transport vollzogen bezw. vollendet werden soll.[29]) Da hier nunmehr der Frachtführer zu bestimmen hat, ob er den Transport ausführen will oder nicht, so hat er im Falle seines Rücktritts nur Anspruch wegen Bereicherung bezw. auf Theilfracht und Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen, nicht aber auf den entgangenen Frachtlohn. Dagegen hat der Absender keinen Anspruch, weil er durch das Schweigen des Konkursverwalters das Recht auf Vollziehung des Transports verloren hat. Wegen **zeitweiliger Transporthindernisse** darf der Frachtführer nicht zurücktreten. Doch löst sich das Vertragsverhältniss von selbst auf, wenn das Transporthinderniss die Ausführung bezw. Vollendung des Transports innerhalb der vertragsmässig vorausgesetzten Zeit unmöglich macht. Selbstverständlich kann er während der Dauer des Hindernisses mit seinen Leuten und Frachtmitteln anderweitige Transporte ausführen, aber niemals Lager- oder Wartegeld verlangen.[30])

II. Kommt es zur Ausführung des Transports, so hat der **Frachtführer** dem Absender gegenüber folgende Verpflichtungen:

1. **Der Frachtführer muss zur rechten Zeit die Reise antreten.** Die Frist, innerhalb welcher die Reise anzutreten ist, bestimmt sich zunächst durch die Absicht der Kontrahenten. Häufig wird diese dahin gehen, dass der Frachtführer das Gut mit der nächsten Transportgelegenheit befördert. Sodann bestimmt sich diese Frist durch den Ortsgebrauch, d. h. durch den Gebrauch des Ortes, von welchem aus die Reise anzutreten ist. In der Regel ist dies der **Verladungsort** des Guts, möglicherweise aber auch der davon verschiedene **Abgangsort des Frachtführers,** von welchem aus die Zureise angetreten wird, wenn nämlich die Zureise nach der Absicht der Parteien als Beginn der Ausführung des Transports anzusehen ist. Besteht ein solcher Ortsgebrauch nicht, so ist die Reise binnen einer den Umständen des Falls angemessenen Frist anzutreten.[31]) Diese Vorschrift findet jedoch nur dann Anwendung, wenn, wie dies beim Wassertransport regelmässig der Fall ist, keine bedungene oder übliche Frist für die Ausführung des Transports besteht.[32])

Wird die Reise nicht rechtzeitig angetreten, so kann dies einmal die Folge haben, dass eine Verspätung der Ablieferung eintritt, wofür der Frachtführer verantwortlich ist; sodann dass der Absender in gerechtfertigter Weise vom Vertrage zurücktreten darf.[33])

2. Der **Frachtführer hat diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche die**

---

[29]) K.O. § 15.

[30]) Auch nicht die Eisenbahn. Eger I S. 185.

[31]) Art. 394 Abs. 1. — Preuss. Entw. Art. 309 Abs. 1. Entw. I. Les. Art. 334 Abs. 1, 2. Entw. II. Les. Art. 370 Abs. 1, 2. — Prot. S. 785—788, 4676—4683, 4726—4728, 5093, 5094. Monit. 432—434. — Vgl. Art. 642 Abs. 1. — Hahn Art. 394 § 1—4 S. 588, 589. Thöl S. 27. Eger I S. 146—154, 167.

[32]) So richtig Thöl S. 27, 28.

[33]) S. o. I 2 b γ S. 390.

ordnungsmässige Beförderung des Guts an den Empfänger mit sich bringt. Er haftet dabei, soweit es sich nicht um Verwahrung handelt, nur für die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers. Es gehören hierher insbesondere:

a. **Die Besorgung der zoll- und steueramtlichen Behandlung.** Diese Besorgung liegt dem Frachtführer auch ohne besonders dahingehende Verabredung kraft stillschweigenden Parteiwillens ob, sobald nicht eine entgegenstehende Vereinbarung getroffen worden ist.[34]) Doch ist die Pflicht der Eisenbahnen zur zoll- und steueramtlichen Behandlung durch das Reglement wesentlich beschränkt.[35]) Denn

α. die Eisenbahn übernimmt die zoll- und steueramtliche Vermittlung nur auf Grund eines ausdrücklichen im Frachtbrief gestellten Antrags, wenn die vorschriftsmässigen Deklarationen und Legitimationspapiere beigefügt sind. Jedoch ist sie durch einen derartigen Antrag nicht verpflichtet, die Vermittlung zu übernehmen; sie kann vielmehr dieselbe einem Spediteur übertragen, wenn keine Mittelsperson im Frachtbrief genannt ist. Ohne Antrag ist es überhaupt nicht Sache der Eisenbahn, für die zoll- oder steueramtliche Behandlung Sorge zu tragen; sie hat weder die Pflicht noch das Recht dazu.

β. Uebernimmt die Eisenbahn die Vermittlung, „so übernimmt sie dadurch keine Verantwortlichkeit".[36])

γ. Beantragt der Absender eine gesetzlich nicht zulässige Abfertigung der Güter, so gilt die Eisenbahn als beauftragt, diejenige Abfertigung zu veranlassen, welche sie nach ihrem Ermessen für sein Interesse am vortheilhaftesten erachtet.

b. Die **Versicherung des Frachtguts** für den Absender, sei es in Folge Ortsüblichkeit, sei es in Folge eines besondern Auftrags.[37])

3. **Der Frachtführer hat während des Transports den Anweisungen des Absenders bezw. des legitimirten Vertreters desselben Folge zu leisten.** Während des Transports heisst: solange als er nicht nach Ankunft des Guts am Ablieferungsort dem Empfänger bezw. dessen legitimirten Vertreter das Gut oder auch nur den Frachtbrief übergeben, oder dieser nicht Klage gegen ihn erhoben hat auf Auslieferung des Guts und des Frachtbriefs oder bloss auf Auslieferung des Guts, falls gar kein Frachtbrief ausgestellt ist.[38]) Dass der Frachtbrief gerade am Bestimmungsorte übergeben worden, ist nicht noth-

---

[34]) Davon geht auch Art. 394 aus. StadtG. und A.G. Frankfurt vom 19. März bezw. 4. Oktober 1869 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 625, 628. Thöl S. 20. Irrig Eger I S. 129, 138, 139. Vgl. auch R.O.H.G. XIV 55 S. 212.

[35]) Regl. § 51 Abs. 2, 3. Dazu Eger I S. 138—140.

[36]) „Dies unterliegt natürlich vernünftiger Auslegung", Thöl § 63 Nr. 2 S. 131; insb. steht die Eisenbahn jedenfalls für dolus und culpa lata ein. Eger I S. 138.

[37]) Eger I S. 212.

[38]) Art. 402 (Entw. I. Les. Art. 340. Entw. II. Les. Art. 377. — Prot. S. 851, 852, 1232—1234, 4731—4733, 4755—4758, 5099), Art. 405 a. E. Regl. § 59 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2, 3 und dazu Eger II S. 116—124. — R.O.H.G. XIII 105 S. 327. — Thöl S. 26. Eger II S. 89—116. — Dass die Uebergabe des Guts an den Empfänger die Dispositionsbefugniss des Absenders aufhebt, wurde als selbstverständlich angesehen, weil damit der Vertrag erfüllt ist. Prot. S. 4733.

wendig.[39]) Dagegen genügt eine blosse Avisirung des Empfängers seitens des Frachtführers von der Ankunft und Lagerung des Gutes nicht;[40]) ebenso wenig die Uebergabe einer anderen Urkunde oder eines Begleitpapieres, z. B. einer Faktura, eines Zollpapieres.[41]) Noch weniger genügt die Uebergabe oder Uebersendung des Frachtbriefs oder gar die Ablieferung des Gutes selbst an den Empfänger vor Erreichung des Bestimmungsorts. Ist dennoch der Frachtbrief vor Ankunft des Guts am Bestimmungsort dem Empfänger übergeben worden, so muss der Frachtführer trotzdem den Anweisungen des Absenders Folge leisten, so lange er nicht den Bestimmungsort erreicht hat, und dies ändert sich auch dadurch nicht, dass die Lieferungszeit verstrichen ist.[42])

Diese Anweisungen des Absenders können sowohl beim Abschluss des Frachtgeschäfts als auch nachher, wenn nur während des Transports, gegeben werden und insbesondere betreffen:

a. Die **Behandlung des Guts.**[43])

b. Die **Zurückgabe des Guts.** Darunter ist aber lediglich die Wiederausladung desselben an dem Orte, wo es sich gerade befindet, nicht aber auch dessen Rücktransport an den Abgangsort zu verstehen, es müsste denn ein neuer Frachtvertrag abgeschlossen oder die Verpflichtung zum Rücktransport schon bei Eingehung des Frachtvertrags ausbedungen oder kraft besonderer Gesetzesvorschrift begründet sein.[44])

c. Die **Auslieferung des Guts an einen andern, als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger.**[45])

Alle derartigen späteren Anweisungen des Absenders dürfen jedoch keine Erschwerung der Vertragspflichten und keine Beeinträchtigung der Rechte des Frachtführers involviren. Und so kann aus dem ersten Grunde der Absender insbesondere keine Veränderung der Reise (Transport auf einer Seitenroute oder über den Bestimmungsort hinaus) verlangen, wenn er an einen andern als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger ausgeliefert haben will,[46]) während nach dem zweiten Gesichtspunkte der Frachtführer sein volles Interesse beanspruchen kann, falls dasselbe durch eine nachträgliche Anweisung des Absenders verletzt wird. Namentlich kann die Eisenbahn, welche auf einer Zwischenstation das Frachtgut zurückgiebt, ihre tarifmässige Theilfracht und das tarifmässige Reugeld verlangen.[47]) Und hat sie ein Frachtbriefsduplikat oder einen Auf-

---

[39]) A. M. O.Trib. Berlin vom 14. Juli 1866 bei Strieth. 63 S. 310. Kuhn S. 364.

[40]) R.O.G.H. III 89 S. 436, 437.

[41]) Oesterr. Ob.Ger. vom 9. Mai 1871 bei Eger II S. 74, 75.

[42]) Prot. S. 852, 1232, 4732. A. M. Eger II S. 103. Auch Goldschmidt S. 748 Not. 37 und Text?

[43]) R.O.G.H. XII 35 S. 107—110. R.G. I 1 S. 2, 3 „Verzollung". H.A.G. Nürnberg vom 12. Mai 1871 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 569-572. Eger II S. 92, 117.

[44]) R.O.H.G. XVI 57 S. 196—200. — Art 422. — Thöl S. 26.

[45]) Vgl. insb. Wehrmann S. 70.

[46]) R.O.H.G. XI 97 S. 293. — Uebereink. Art. 27 Z. 2.

[47]) Regl. § 60 Z. 1 Abs. 2. — Hahn Art. 402 § 1 S. 632, 633. Endemann S. 728 Not. 33, S. 730 Not. 3 und Text. Wehrmann S. 75 und insb. Not. 13. Eger II S. 118 und 201—203.

nahmeschein ausgestellt, so muss ihn der Absender auf Erfordern der Bahn zurückgeben, entweder definitiv oder zum Zwecke entsprechender Abänderung, falls der Transport nicht beendigt ist.[48])

Die Anweisungen des Absenders können in jeder beliebigen Form geschehen, mündlich, schriftlich, durch Boten, durch telegraphische Depesche; doch hat der Frachtführer zu prüfen, ob sie vom Absender oder dessen legitimirten Vertreter herrühren.[49]) Weil aber diese Prüfung eine sehr schwierige und lästige, ja mitunter eine fast unmögliche ist, z. B. bei einer Depesche, desshalb hat das Reglement vorgeschrieben, dass die Eisenbahn nicht verpflichtet ist, andere Anweisungen als diejenigen, welche **auf der Aufgabestation**, d. h. durch Vermittlung der Aufgabestation[50]) erfolgt sind, zu beachten.[51])

Befolgt der Frachtführer die Anweisungen des Absenders nicht, so haftet er für den dadurch entstandenen Schaden und zwar verschieden nach dem verschiedenen Erfolge: für Verlust und Beschädigung nach Art. 396, für Verspätung nach Art. 397 und für andere Nachtheile nach civilrechtlichen Grundsätzen.[52])

Ist der Transport beendigt und der Frachtbrief dem Empfänger übergeben, so erlöschen damit die Rechte und Dispositionsbefugnisse des Absenders nicht definitiv, sondern sie werden bis zur wirklichen Erfüllung der Frachtobligation bezw. bis zur Leistung des Schadens wegen Nichterfüllung nur zu Gunsten des Empfängers suspendirt, sodass sie wieder in volle Wirksamkeit treten, wenn der letztere von seinen Rechten und Befugnissen auf Erfüllung gegenüber dem Frachtführer keinen Gebrauch macht.[53])

4. **Wenn ein Annahmehinderniss eintritt, so hat der Frachtführer den Absender davon mit thunlichster Beschleunigung zu benachrichtigen,** sonst haftet er ihm für den durch Unterlassung der Benachrichtigung entstandenen Schaden. Ausserdem hat er für die Konservirung des Gutes entsprechende Sorge zu tragen, sei es dass er es bei sich aufbewahrt, sei es dass er es einem Dritten auf Lager gibt, sei es dass er es, falls Gefahr im Verzug ist, verkauft.[54]) Der Frachtführer haftet in dieser Beziehung mit der Sorgfalt

---

48) Regl. § 59 Abs. 1 S. 3. Dazu Eger II S. 120, 121.

49) R.O.H.G. XXV 78 S. 330—333. Vgl. XXII 29 S. 133—135.

50) Welche die Legitimation des Anweisenden in der Regel allein ausreichend prüfen kann.

51) Regl. § 59 Abs. 2. Uebereink. Art. 27 Abs. 1. Dazu Eger II S. 95, 96, 121—123. Wehrmann S. 73. — R.O.H.G. XVI 57 S. 197.

52) A. M. Eger II S. 114, 115. — Das Uebereink. Art. 27 Abs. 2 und 3 ist als gegen Art. 423 und Regl. Einl. Abs. 3 verb. mit Art. 395, 402 u. Regl. § 59 Abs. 1 S. 2 verstossend ungültig, insoweit Anweisungen in Betreff anderweiter Auslieferung nur angenommen werden sollen, wenn die Bestimmungsstation unverändert bleibt, desshalb Stückgüter unterwegs überhaupt keine anderweitige Disposition zulassen, und Wagenladungsgüter nur ausnahmsweise nach dem Ermessen der Bahn und gegen Revers auf Verzicht eines jeden Schadenersatzes. Vgl. dazu Eger II S. 119, 125—130.

53) R.O.H.G. VI 63 S. 276, 277. Vgl. Regl. § 61 Abs. 1. Puchelt Art. 402 Anm. 4 S. 378. Wehrmann S. 74. A. M. Eger II S. 80, 106, 107, 111, 112, 124, 261—263.

54) Vgl. Regl. § 61 Abs. 1, 4. Theilweise irrig R.O.H.G. XX 87 S. 347, 348.

eines ordentlichen Frachtführers. Seine Verpflichtung ist zwar eine eventuelle, aber immerhin eine ursprüngliche aus dem Frachtgeschäft hervorgehende, nicht etwa eine erst in Folge der Nichtannahme seitens des Empfängers neu entstehende.[55]

III. Der **Absender** hat im Falle der Ausführung des Transports dem Frachtführer gegenüber folgende Verpflichtungen:

1. **Der Absender muss das Frachtgut in ordnungsmässigem Zustande zur rechten Zeit und am rechten Ort aufliefern.** Die **Auflieferung** stellt sich juristisch dar als Ueberlassung des Gewahrsams an den Frachtführer zum Zwecke des Transports mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung, während sie thatsächlich in den verschiedenartigsten Vorgängen bestehen kann. Ob insbesondere der Absender das Gut an das Transportmittel heranzuschaffen, oder aber der Frachtführer das Transportmittel zum Gut zu bringen hat, hängt von der Beredung der Parteien und den konkreten Umständen ab;[56] dessgleichen ob der Absender oder der Frachtführer dasselbe zu verladen, stauen u. s. w. hat.[57] Mangelhaft oder zur unrechten Zeit oder am unrechten Ort aufgeliefertes Gut kann der Frachtführer zurückweisen.[58] Wegen schuldvoll verzögerter Auflieferung oder wegen schuldvoller Nichtauflieferung kann der Frachtführer sein Interesse fordern. Ist die Auflieferung eine ordnungsmässige, so muss der Frachtführer das Gut in Empfang und Gewahrsam nehmen und dem Absender die etwa übliche Empfangsbescheinigung (Aufnahmeschein, Aufgaberecepisse, Frachtbriefsduplikat) ausstellen. Doch darf er vor der Annahme des Guts dessen Vollständigkeit Zustand und Verpackung, sowie die Richtigkeit der Begleitpapiere prüfen.[59]

Im Eisenbahnverkehr geht die Auflieferungspflicht dem Abschluss des Frachtvertrags voraus, weil dieser erst nach geschehener vollständiger Auflieferung des im Frachtbrief bezeichneten Guts erfolgt.[60] Desshalb können hier Rechtsbeziehungen zwischen Absender und Eisenbahn entstehen, die nicht auf dem abgeschlossenen, sondern auf dem in der Abschliessung begriffenen Frachtvertrage beruhen. Dieselben betreffen:

a. Die Verwahrung der zugeführten und bis zur möglichen Verladung in den Räumlichkeiten der Eisenbahn deponirten Güter. Eine solche Verwahrung kann aus einem doppelten Grunde nothwendig werden. Einmal weil das vollständig zugeführte Gut Mangels hinreichender Transportmittel nicht verladen werden

---

[55] R.O.H.G. VI 63 S. 275, 276.

[56] Vgl. Regl. § 59 Abs. 5. Dazu Eger II S. 165—170.

[57] Vgl. Art. 424 Abs. 1 Z. 3. Regl. § 52 Abs. 7, § 56 Abs. 7, § 67 Z. 4, § 40 Abs. 1, § 48 Anl. D. I Z. 4 Abs. 1 S. 2, Z. 11 Abs. 2; XVI Z. 4; XVII; XVIII; XIX Abs. 3; XXII Abs. 2; XXV; XXXIII Z. 1; XXXV.

[58] Vgl. Regl. § 47, 56 Abs. 2, 3, § 26 Abs. 1, § 34 Abs. 1, § 35 Abs. 1, 2, § 42 Abs. 2, 3, § 43 Abs. 3 S. 1, § 48 Anl. D, wo sehr eingehende Detailvorschriften über Zeit, Ort und Art der Auflieferung gegeben sind.

[59] Vgl. Regl. § 50 Z. 2, 5, § 51 Abs. 1. Eger II S. 154—159.

[60] Regl. § 49 S. 2.

kann.[61]) Sodann weil die Auflieferung nur nach und nach stattfinden, oder weil das aufgelieferte Gut wegen Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des Frachtbriefs nicht expedirt werden kann. Im letztern Fall gewährt die Bahn während 24 Stunden (bei grossen Güteranhäufungen möglicherweise während kürzerer Zeit) seit Beginn der Auflieferung die Lagerung unentgeltlich. Nach Ablauf derselben kann sie bis zur Vollendung der Auflieferung bezw. bis zur Vervollständigung und Berichtigung des Frachtbriefs das tarifmässige Lagergeld erheben lassen, und zwar wegen nicht vollbrachter Auflieferung nur dann, wenn eine Verzögerung des Auflieferungsgeschäfts ersichtlich ist, wegen Nichtvervollständigung und wegen Nichtberichtigung des Frachtbriefs aber schlechtweg.[62])

b. Die Gestellung und Beladung von Wagen in Bezug auf Güter, deren Verladung der Absender zu besorgen hat. Die Gestellung muss für einen bestimmten Tag nachgesucht und die Verladung in der von der Absendestation ordnungsmässig publizirten Frist vollendet werden.[63]) Werden innerhalb dieser Frist die Güter nicht ordnungsmässig verladen und zur Abfertigung gebracht, so kann die Bahn zunächst die tarifmässige Wagenstrafmiethe einziehen, zu deren Sicherung auf ihr Verlangen bereits bei Bestellung der Wagen eine Kaution im tarifmässigen Betrag der Strafe für eine Tagesversäumniss zu erlegen ist; sodann kann sie nach Ablauf jener Frist das Geladene von den Wagen auf Kosten des Bestellers wieder entfernen, das Entladene auf Gefahr desselben und gegen ein Lagergeld lagern lassen und den Wagen der Verfügung des Bestellers entziehen.[64]) Stellt aber die Eisenbahn den fest zugesagten Wagen nicht rechtzeitig, so ist sie dem Besteller zur Zahlung einer gleich hohen Konventionalstrafe verpflichtet, als der Besteller im Falle einer seinerseitigen Verzögerung zahlen müsste.[65])

2. Der Absender **muss dem Frachtführer auf Verlangen einen ordnungsmässigen Frachtbrief ausstellen.**[66]) Thut er es nicht, so braucht der Frachtführer nicht zu transportiren und kann möglicherweise vom Vertrag zurücktreten.[67]) Stellt er aber den Frachtbrief aus, so steht er für die Richtigkeit der Angaben desselben ein, insoweit nicht der Frachtführer die Unrichtigkeit kannte oder kennen musste.[68]) Ist in Folge einer unrichtigen Angabe des Frachtbriefs ein Schaden entstanden, so ist der Absender dafür verantwortlich.[69])

---

[61]) Regl. § 55.

[62]) Regl. § 60 Z. 2 S. 1, Z. 6. Dazu Eger II S. 203—205, 215—217.

[63]) Regl. § 56 Abs. 7, 8. Dazu Eger II S. 197, 198.

[64]) Regl. § 60 Z. 2 S. 2, Z. 6. Dazu Eger II S. 205—207, 215—217.

[65]) Regl. § 60 Z. 2 Abs. 2, Z. 6. Dazu Eger II S. 207—209, 215, 217.

[66]) Art. 391 Abs. 2. — Preuss. Entw. Art. 307 Abs. 2. Entw. I. Les. Art. 332 Abs. 2. Entw. II. Les. Art. 368 Abs. 2. — Prot. 4674—4676, 5092. Monit. 430.

[67]) S. o. § 334 II a. E. S. 306, § 339 II 2 S. 313—315. — Code civil art. 1184.

[68]) Da der Absender nach Regl. § 50 Z. 4 Abs. 1 der Eisenbahn für die Richtigkeit der Frachtbriefangaben bürgt, so hat die Expedition nicht nöthig, sich von dieser Richtigkeit durch eigene Untersuchung zu überzeugen, obschon sie nach Abs. 2 dazu berechtigt ist. R.O.H.G. XXIII 100 S. 307.

[69]) So auch Regl. § 50 Z. 4 Abs. 1. Dazu Eger I S. 82, 107—109.

Für den Eisenbahnverkehr gilt noch speziell Folgendes:

a. Ist das Gewicht oder der Inhalt einer Sendung unrichtig angegeben, so kann eine jede Eisenbahn einmal Nachzahlung der durch die unrichtige Angabe verkürzten Fracht vom Abgangs- bis zum Bestimmungsort und sodann eine Konventionalstrafe nach Massgabe ihrer besonderen Vorschriften[70]) erheben, und zwar entweder vom Versender oder vom Empfänger, aber nicht von beiden zugleich.[71])

b. Verstösst der Absender gegen die ihm nach § 48 des Reglements obliegende Deklarationspflicht, so verwirkt er eine Konventionalstrafe von 12 Mark per kg., die aber bloss von ihm eingezogen werden kann.[72])

c. Derjenige, welcher unter falscher Deklaration Leichen zur Beförderung bringt, hat das Vierfache der Frachtgebühr als Konventionalstrafe zu entrichten.[73])

Da diese Konventionalstrafen eine Folge von Vertragsverletzung sind, so setzt ihre Einziehung nothwendig den Abschluss des Frachtvertrags, also die Abstempelung des Frachtbriefs voraus. Es genügt desshalb die blosse Uebergabe des Frachtbriefs nebst Gut nicht, um den Absender straffällig zu machen.[74]) Dagegen verlangt die Verwirkung der Konventionalstrafen keine gewinnsüchtige Absicht seitens des Absenders; es genügt die Thatsache der Unrichtigkeit der Angabe. Allein wenn die Expedition den Inhalt der Sendung geprüft, und obgleich sie die Unrichtigkeit der Frachtbriefsangaben bezw. der Deklaration entdeckte, gleichwohl die Sendung auf Grund des ausgestellten unrichtigen Frachtbriefs angenommen hat, so darf sie die Konventionalstrafe nicht einfordern.[75])

3. **Der Absender ist verpflichtet bei Gütern, welche vor der Ablieferung an den Empfänger,** sei es am Abgangsort oder unterwegs oder am Bestimmungsort, **einer zoll- oder steueramtlichen Behandlung unterliegen, den Frachtführer in den Besitz der desshalb erforderlichen Begleitpapiere zu setzen.**[76]) Dasselbe gilt von den Papieren, welche zu polizeilichen oder statistischen Zwecken für den Transport erforderlich sind.[77]) Ob die Uebergabe dieser Papiere zugleich mit der Uebergabe des Frachtbriefs bezw. der Güter geschehen muss oder auch

---

[70]) Nach Uebereink. Art. 17 Z. 2 und Spezialbest. des Tarifverb. V zu Regl. § 50 beträgt die Konventionalstrafe das Doppelte der vorenthaltenen Fracht, bezw. falls keine Frachthinterziehung stattgefunden hat, 1 M.

[71]) Also aktive und passive Korrealität. Regl. § 50 Z. 4 Abs. 3. R.O.H.G. XXI 58 S. 185—187.

[72]) Regl. § 48 C, § 24 S. 2.

[73]) Regl. § 34 Abs. 5.

[74]) A. M. Eger I S. 109, der den blossen Versuch gestraft wissen will, als ob wir es hier mit Strafrecht zu thun hätten. Vgl. Preuss. Erl. des Min. d. öffentl. Arb. vom 3. Aug. 1880.

[75]) R.O.H.G. XXIII 100 S. 307.

[76]) Art. 393. Regl. § 51 Abs. 1. — Art. 393 kam erst in III. Les. in Folge des Preuss. Monit. 455 in das Gesetz. Prot. S. 4728—4730, 5093. Vgl. dazu Hahn Art. 393 S. 585—588. Thöl § 12 S. 19, 20. Eger I S. 125—131.

[77]) Hahn Art. 393 § 5 S. 587. Eger I S. 128.

später während des Transports erfolgen kann, hängt von den Umständen bezw. Usancen und Reglements ab. Die Eisenbahn verlangt ihre Uebergabe gleichzeitig mit der Uebergabe des Frachtbriefs. [78])

Werden dem Frachtführer diese Papiere nicht rechtzeitig und in gehöriger Form übergeben, so treten die nämlichen Folgen ein, wie wenn ihm das Frachtgut nicht oder nicht rechtzeitig übergeben wird. [79])

Führt der Frachtführer den Transport ohne die erforderlichen Begleitpapiere oder mit unrichtigen oder unzulänglichen Begleitpapieren aus, so haftet der Absender dem Frachtführer, sofern nicht diesem selbst ein Verschulden zur Last fällt, für alle Strafen und Schäden (Strafgelder, Konfiskation, Arretirung). [80]) Auf das Verschulden des Absenders kommt es hierbei nicht an, sondern nur darauf, dass der Frachtführer nicht in Verschulden ist; ja der Absender haftet sogar im Falle des reinen Zufalls. [81]) Der Frachtführer ist in Verschulden nicht nur, wenn er die ihm zur Verfügung gestellten vorschriftsmässigen Begleitpapiere nicht ordnungsmässig gebraucht (z. B. er verliert, vergisst sie, zeigt sie nicht vor u. dgl.), sondern unter Umständen auch, wenn er nicht dafür gesorgt hat, dass er in den Besitz vorschriftsmässiger Begleitpapiere gekommen ist. Dies ist dann der Fall, wenn er die einschlägigen obrigkeitlichen Vorschriften kannte, und doch nicht auf Ausstellung der erforderlichen Papiere gedrungen oder deren Richtigkeit und Zulänglichkeit geprüft bezw. auf Beseitigung der Mängel hingewirkt hat, während die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers im gegebenen Falle dies von ihm verlangte. Ist nun der Frachtführer allein in Verschulden, so hat er nicht nur wegen des eigenen Schadens keinen Regress gegen den Absender, sondern muss diesen sogar indemnisiren. [82]) Sind aber beide in Verschulden, so hat in Beziehung auf den dadurch herbeigeführten Nachtheil keiner dem andern gegenüber einen Ersatzanspruch, falls nicht der Gegner des Beschädigten in dolo versirte. [83])

Der Frachtführer kann seine Verantwortlichkeit in Betreff der Begleitpapiere dem Absender gegenüber beschränken oder ablehnen. Dies thuen insbesondere die grossen Transportanstalten, welche sich bei dem ausserordentlichen Umfange ihres Geschäftsbetriebs nicht darum bekümmern können, ob die Begleitpapiere in Ordnung sind oder nicht. Desshalb bestimmt das Reglement: Der Eisenbahn liegt eine Prüfung der Nothwendigkeit oder Richtigkeit oder Zulänglichkeit der Begleitpapiere nicht ob, und sie bezw. ihre Nachfolger im Transport sind für

[78]) Vgl. auch Art. 592.

[79]) Hahn Art. 399 § 1 Z. 1 S. 585. Puchelt Art. 393 S. 353. Eger I S. 128, 129.

[80]) Art. 393 S. 2. Regl. § 51 Abs. 1 S. 3. Vereinszollges. vom 1. Juli 1869 § 134—165. Uebereink. Art. 18 Abs. 2.

[81]) A. M. Endemann S. 724 gegen die Bemerkung der Prot. S. 4729, dass „im Seerecht die entgegengesetzte Bestimmung Aufnahme gefunden habe", und gegen R.O.H.G. XXIV 55 S. 213, 214. Vgl. Hahn Art. 393 § 1 Nr. 3 S. 586. W. Koch, Eisenbahntransportrecht S. 18, 19. Thöl S. 20 Not. 5. Eger I S. 134, 135.

[82]) Bei Konfiskation nach Art. 396.

[83]) Vgl. R.O.H.G. XVI 32 S. 111—115 u. Demelius in Jherings Jahrbb. V S. 62 ff. und über die abweich. Bestimmungen der Partikularrechte S. 80—87.

ein bei **Annahme** von Gut ohne Begleitpapiere oder mit unzulänglichen Papieren etwa vorgekommenes Verschulden nicht verantwortlich.[84]) Dagegen sind abgesehen von dieser Prüfung die weiteren Obliegenheiten der Eisenbahn in Bezug auf die Begleitpapiere nicht abgelehnt; nur übernimmt die Eisenbahn für die Begleitpapiere, die nicht im Frachtbriefe verzeichnet sind, keine Haftung.[85])

4. **Wenn Frankosendung vereinbart oder üblich ist, so muss der Absender die Fracht bei der Auflieferung entrichten,** widrigenfalls der Frachtführer den Transport verweigern bezw. vom Vertrag zurücktreten kann.[86])

5. **Der Absender ist regresspflichtig** für den Fall, dass der Frachtführer wegen der Fracht und Nebengebühren vom Empfänger nicht befriedigt wird.[87])

§ 346.

7. Rechtsverhältniss zwischen Frachtführer und Empfänger.

Das rechtliche Verhältniss zwischen Frachtführer und Empfänger durchläuft zwei Stadien der Entwickelung und nimmt in jedem Stadium eine besondere juristische Gestaltung an.

I. Das **erste Stadium** umfasst die Zeit des Transports bis zur Uebergabe des Frachtbriefs am Ablieferungsort bezw. bis zur Geltendmachung der Frachtrechte seitens des Empfängers durch Klageerhebung gegen den Frachtführer. In diesem Stadium ist der Absender noch vollständig Herr des Frachtverhältnisses (dominus negotii), und der Empfänger muss ihm in jeder Beziehung nachstehen. Desshalb kann der Empfänger keine Verfügungen treffen, welche mit den Intentionen und Bestimmungen des Absenders im Widerspruch stehen, sondern nur solche, welche dessen Absichten förderlich sind, ohne Rücksicht darauf ob sie auch gleichzeitig im eigenen Interesse des Empfängers liegen.

1. **Der Empfänger kann während des Transports, d. h. vor Ankunft des Guts am Ablieferungsort alle zur Sicherstellung desselben erforderlichen Massregeln ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zweck nothwendige Anweisung ertheilen.**[1]) Denn dadurch wird ja dem Herrschaftsverhältniss des Absenders nicht präjudizirt. Diese Befugniss übt aber der Empfänger nicht etwa als Bevollmächtigter im Namen des Absenders aus,[2]) auch nicht auf Grund eines präsumtiven Mandats desselben,[3]) vielmehr macht der Empfänger diese

---

[84]) Regl. § 51 Abs. 1 S. 2. Vgl. jedoch auch Uebereink. Art. 18 Abs. 1.

[85]) Regl. § 51 Abs. 4. Eger I S. 136, 137, 140, 141.

[86]) S. o. § 344 I 2 S. 377.

[87]) S. o. § 344 I 4 S. 378 u. u. § 349 III.

[1]) Art. 404. Dieser Artikel wurde erst in III. Les. eingefügt, nachdem das Hamburger Monitum 461 Abs. 2 von ähnlicher Tendenz zunächst verworfen war. Prot. S. 1233, 4733—4735, 4755, 4758, 5098, 5099. Eger II S. 220—240.

[2]) So Gad I S. 295 Not. 7 u. Text dazu.

[3]) So Goldschmidt I 2 S. 747 Not. 35. Eger II S. 109 in Widerspruch mit sich selbst auf S. 226—228. — Und wenn der Absender stirbt? oder dem Empfänger einen gegentheiligen Avis mitgetheilt hat? oder wenn der Empfänger der Mandant des Absenders oder der Absender selbst ist?

Befugniss als eine selbständige auf eigenem Interesse an der ordentlichen Ausführung des Transports beruhende geltend. Sie ist der vorausgeworfene Schatten seines künftigen Rechts.[4]) Legitimirt ist er dazu durch seine Bezeichnung als Empfänger im Frachtbrief. Ist gar kein Frachtbrief ausgestellt, so muss er sich auf andere Weise, z. B. durch briefliche Mittheilungen des Absenders legitimiren.[5])

Der Art. 404 erklärt den Empfänger nur für **berechtigt** zur Ergreifung und Anordnung prophylaktischer Massregeln, nicht zugleich auch für **verpflichtet**, auch nicht dem Frachtführer gegenüber. Nichtsdestoweniger kann aber in Berücksichtigung des bona-fide-Verhältnisses, das auch zwischen Frachtführer und Empfänger besteht, aus dem Unterlassen derartiger Massregeln im Einzelfalle eine exceptio doli des Frachtführers gegenüber den Ansprüchen des Empfängers formirt werden.[6]) Keineswegs jedoch wird der Empfänger durch Ausübung seiner Sicherungsbefugniss allein dem Frachtführer zur seinerzeitigen Entgegennahme des Guts und Frachtbriefs und zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Frachtgeschäfte verpflichtet.[7])

Massregeln zur Sicherstellung des Guts sind nicht bloss solche, welche die Erhaltung und Verwahrung desselben bezwecken, sondern auch solche, welche die Ermöglichung des Weitertransports oder der rechtzeitigen Vollendung des Transports im Auge haben. In der Regel wird der Empfänger die Massregeln dadurch treffen, dass er dem Frachtführer entsprechende Anweisungen ertheilt; es ist aber auch möglich, dass er unmittelbar selbst thätlich eingreift, oder durch seinerseits beauftragte Personen eingreifen lässt.[8]) Ertheilt er dem Frachtführer Weisungen, so ist der letztere nicht zu blindem Gehorsam verpflichtet, sondern er muss nach seiner besten eigenen Einsicht prüfen, ob sie dem Sicherheitszweck entsprechen und nicht darüber hinausgehen. Keinen Falls darf die angeordnete Sicherheitsmassregel in der vorzeitigen Auslieferung des Guts an den Empfänger bestehen, wenn nicht der Absender den Frachtführer dazu ermächtigt hat, und keinen Falls darf dieselbe den Anordnungen des Absenders widerstreiten.[9]) Auf der andern Seite braucht der Frachtführer den Anordnungen des Empfängers nur in so weit Folge zu leisten, als dadurch seine Frachtverbindlichkeiten nicht erhöht bezw. seine Frachtrechte nicht beeinträchtigt werden.[10]) Weigert sich der Frachtführer den Anweisungen des Empfängers nachzukommen, ohne sich auf entgegenstehende Verfügungen des Absenders berufen zu können, so kann der Empfänger seine Befugnisse auf dem

---

[4]) Aehnlich C. F. Koch Art. 404 Anm. 29 u. Eger II S. 226—229.

[5]) Vgl. auch Eger II S. 228.

[6]) Desshalb nicht ganz richtig Puchelt Art. 404 Anm. 5 S. 383. Eger II S. 229, 230.

[7]) Komm. u. Admir.Koll. Königsberg vom 21. Januar 1868 in Löhrs C.O. N. F. IV S. 438, 439. Eger II S. 230.

[8]) R.O.H.G. XII 35 S. 107—110.

[9]) Vgl. Gad I S. 294, 295. Puchelt Art. 404 Anm. 1 S. 382. Thöl S. 25. Eger II S. 233.

[10]) Hahn Art. 404 § 4 S. 642. Eger II S. 239, 240.

Rechtswege durchsetzen. Im Bestreitungsfall hat er alsdann die Existenz des behaupteten Frachtgeschäfts, die an ihn geschehene Adressirung und die dem Gute drohende Gefahr hinreichend nachzuweisen.[11] Ist in Folge der Vernachlässigung der Anweisungen des Empfängers ein Schade entstanden, so ist der Frachtführer sowohl dem Absender als dem Empfänger dafür verantwortlich, indem er sich alsdann nicht exkulpiren kann; von einer **selbständigen** Schadensklage kann jedoch keine Rede sein.[12] Leistet aber der Frachtführer den Anweisungen des Empfängers Folge, so ist er dem letztern gegenüber wegen der daraus hervorgehenden Nachtheile vollständig gedeckt,[13] dem Absender bezw. einem nachträglich von diesem als Empfänger Bezeichneten gegenüber aber nur dann, wenn er die angeordneten Massregeln mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers auf ihren Sicherheitszweck geprüft hat.[14]

2. Vor Ankunft des Guts am Bestimmungsort kann der Empfänger dessen Auslieferung nicht fordern; denn damit würde er dem Herrschaftsrecht des Absenders präjudiziren. Er kann dies nur dann, wenn der Absender den Frachtführer zu einer solchen **erfrühten Auslieferung** ermächtigt hat.[15] In einer solchen Ermächtigung liegt aber nicht eine Abänderung des Ablieferungsorts.[16] Denn sonst könnte einestheils von einer Auslieferung **vor Ankunft** am Ablieferungsort nicht die Rede sein, und anderentheils würde dann der Empfänger alle Rechte des Art. 405 schon nach Ankunft des Frachtführers am Zwischenort haben. Ausserdem kann diese Auslieferung am Zwischenort sowohl zur Beendigung des Transports, also definitiv, als auch bloss vorübergehend zu Sicherheitszwecken stattfinden, während die Auslieferung am Bestimmungsort definitiv den Transport beendigt. Selbstverständlich dürfen durch eine solche erfrühte Ablieferung weder die Rechte des Frachtführers gekränkt, noch seine Verpflichtungen erhöht werden.

3. „**Nach Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung**“, d. h. nach Beendigung des Transports bezw. nach Ablauf der Zeit, wo der Transport hätte beendigt sein sollen, „**ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger berechtigt, die durch den Frachvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen.**“[17]

---

[11] Goldschmidt I 2 S. 747 Not. 35 a. E. Eger II S. 230.

[12] So Eger II S. 232 „selbständiger Schadensanspruch des Empfängers wegen Verletzung seines gesetzlichen Rechts aus Art. 404“! Richtig Hahn a. a. O.

[13] Vgl. H.A.G. Nürnberg vom 12. Mai 1871 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 570, 571.

[14] Zu weit gehen desshalb Puchelt Art. 404 Anm. 3 S. 383 u. Eger II S. 232.

[15] Art. 404 a. E.

[16] Wie Thöl S. 25 Nr. 1 meint.

[17] Art. 405. — Entw. I. Les. Art. 341 Abs. 1. Entw. II. Les. Art. 379 Abs. 1.—Prot. S. 816, 818—822, 1234—1236, 4733—4735, 4754—4758, 5044—5047, 5099 u. 5100. Monit. 461 Abs. 1, 3. — Der Art. 405 ist nicht glücklich redigirt; vergl. Prot. S. 5100. Er sagt: „Nach Ankunft des Frachtführers am Ort der Ablieferung“. Dieser Passus ist zu eng

Da es in Ermangelung einer Kontreordre der Absicht des Absenders entspricht, dass der Frachtführer das Frachtgeschäft am Bestimmungsort in der Person des Empfängers erfüllt, so liegt in dem Verlangen dieser Erfüllung seitens des Empfängers die volle Anerkennung des dominium negotii des Absenders. Und da während des dominium negotii des Absenders nur dieser ein Recht auf Erfüllung hat und haben kann, so folgt daraus, dass der Empfänger in dem Verlangen der Erfüllung nur das Recht des Absenders geltend macht. Allein er macht dasselbe nicht auf Grund eines wirklichen oder präsumtiven Mandats im Namen des Absenders, sondern kraft positiver Bestimmung des Art. 405 **„in eigenem Namen“** geltend, ohne Rücksicht darauf, ob er hierbei in eigenem oder in fremdem oder in eigenem und fremdem Interesse handelt, also lediglich aus formalen Gründen. Dadurch wird zwar die Befugniss des Empfängers noch immer nicht vom Frachtgeschäft losgelöst, wie das Recht des Ladescheinsinhabers, sie wird nicht ein **inhaltlich selbständiges Recht**, wohl aber wird sie eine **persönlich selbständige**, eine **formal eigene Befugniss**.[18]) Weil das Recht, welches der Empfänger ausübt, nur das aus dem

und zu weit. Zu weit, insofern nicht jede Ankunft des Frachtführers, sondern nur die Ankunft nach Vollendung des Transports gemeint sein kann, wie der weitere Inhalt des Art. 405 verb. mit den Bestimmungen der Artt. 402, 403, 404 ergibt. Zu eng, insofern secundum rationem dem Falle, wo der Frachtführer ohne Gut ankommt, der andere gleichgestellt werden muss, wo er gar nicht ankommt und die Lieferungsfrist abgelaufen ist. Ueberhaupt hat der Passus keine lokale, sondern nur eine temporelle Bedeutung, um den Zeitpunkt zu fixiren, von welchem an der Empfänger die Frachtrechte soll geltend machen können. Dies ist aber secundum rationem der Zeitpunkt, wo das Frachtgut am Bestimmungsort angekommen ist oder hat ankommen sollen. Vgl. Goldschmidt I 2 S. 748. Hahn Art. 405 § 10 S. 653. Eger II S. 251—253. Thöl S. 65, 66. Irrig ist die Ansicht Thöls S. 67, dass bei erfrühter Ankunft des Frachtführers der Empfänger warten müsse, bis die bedungene oder übliche Ablieferungszeit eingetreten sei; lege non distinguente nec nostrum est distinguere.

[18]) Prot. S. 4740, 5045. — Ueber die Konstruktion dieser Befugniss des Empfängers herrschen in der Theorie die verschiedensten Auffassungen. Am nächsten kommt der hier vertretenen die Auffassung von Hahn Art. 405 § 8 Nr. 3 S. 650, 651: „formelle Legitimation“, und die von Endemann S. 737 Nr. 7: „rein formales eigenes Recht des Destinatärs.“ — Andere Hauptansichten sind folgende: „Fingirte Cession“: Goldschmidt I 2 S. 749 Not. 41 u. Text, Anschütz Art. 405 S. 448, Eger II S. 81—87, 98, 109, 135, 136, 139, 222, 223, 237, 246—249, 271—276 u. pass., der eine wunderliche Vorstellung von fingirter Cession und Cession überhaupt hat; — „Vertragsmässige Cession, indem die Adresse auf dem Frachtbrief signum cessionis sei: Höpfner Arch. f. civ. Prax. 36 S. 119 ff., Karstens ebend. 37 S. 199, 213, 216, W. Koch, Eisenbahnen II S. 109 ff.; — „Bedingte und aufgeschobene Cession“: Kuhn in Buschs Arch. 6 S. 362 ff.; — „Actio utilis aus dem Frachtvertrag“: Gerber § 183; ähnlich Brinckmann § 115 Not. 9; — „Anormale antizipirte Klage aus dem Frachtvertrag“: C. Fr. Koch Art. 405 Anm. 30 ff.; — „Vertrag zu Gunsten des Empfängers“: Höpfner a. a. O., C. F. Müller a. de recepto S. 77 ff., Gad, H.R. I S. 100, 295, 296 u. Haftpflicht S. 92 ff.; auch Thöl S. 65, 67 „Rechte des Destinatärs aus dem Frachtvertrage“? In den H.R. Erörter. S. 24 erklärt Thöl mit Rücksicht auf die klaren Worte des Art. 405 „in eigenem Namen“ die Konstruktion für entbehrlich; — „Reflexwirkung aus einem Vertrag zu Gunsten Dritter“: Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 265, 266; — A. negotiorum

Frachtvertrage hervorgehende Forderungsrecht des Absenders ist, so stehen ihm auch Einreden entgegen, die dem Frachtführer bis zur Klageerhebung aus der Person des Absenders entstanden sind.[19]) Weil aber die Befugniss des Empfängers zur Ausübung dieses Rechts eine persönlich eigene ursprüngliche, nicht eine aus der Person des Absenders hergeleitete ist, desshalb treffen ihn nur solche Einreden, die sich auf das Frachtverhältniss beziehen (exceptiones rei cohaerentes), keineswegs aber solche Einreden, welche in anderen Beziehungen zwischen Absender und Frachtführer ihren Grund haben (exceptiones personae cohaerentes)[20]). Und weil schliesslich das geltendgemachte Forderungsrecht aus dem synallagmatischen Frachtgeschäft hervorgeht, also mit der Verpflichtung zur Leistung des Aequivalentes behaftet ist, so kann der Empfänger die Erfüllung desselben nur gegen Leistung des Aequivalentes verlangen.

Im Einzelnen:

a. Ist **kein Frachtbrief** ausgestellt, so hat der in irgend einer andern Weise als durch Frachtbrief legitimirte Empfänger die Befugniss des Art. 405.[21]) Auch kann dieselbe von jedem Empfänger an jeden beliebigen Dritten in beliebiger Form cedirt werden.[22])

b. Der Empfänger hat nach Art. 405 dem Frachtführer gegenüber **nur das Recht**, nicht aber auch die Pflicht zur Geltendmachung der Frachtrechte in eigenem Namen. Desshalb kann er dieselben auch im Namen des Absenders, sei es als Bevollmächtigter in dessen, sei als Cessionar im eigenen Interesse ausüben, falls er die Legitimation dazu beibringt.[23])

c. Der Empfänger darf die durch den **Frachtvertrag** bezw. durch das **Frachtgeschäft** begründeten Rechte, also die Rechte des Absenders geltend machen; allein er darf nicht alle Rechte des Absenders geltend machen, sondern nur diejenigen, welche sich auf die **Erfüllung der Frachtobligation in der Person des Empfängers** beziehen, welche also auf die nach Ort, Zeit und Gegenstand gehörige Ablieferung des Frachtführers an den Empfänger bezw. auf Schadenersatz wegen nicht gehöriger Ablieferung abzielen.[24]) Insoweit aber der Frachtvertrag Leistungen betrifft, welche in der Person des Absenders zu machen

---

gestorum directa: Windscheid § 401 Not. 11 unter Berufung auf l. 6 § 2 D. de neg. gest. (3, 5); vgl. dagegen Goldschmidt I 2 S. 751 Not. 41 l. g. Gareis a. a. O. S. 130, 131; — „Nach allgemeinen Rechtsprinzipien schwer oder gar nicht zu begründen“: R.O.H.G. XIII 105 S. 326; vgl. IV 74 S. 359—362, VI 63 S. 276; 96 S. 429.

[19]) Seufferts Arch. XII. 291. Goldschmidt I 2 S. 749—751. Anschütz Art. 405 S. 448. Eger II S. 257—259.

[20]) R.O.H.G. VII 54 S. 217. Hahn a. a. O. S. 651.

[21]) Eger II S. 255.

[22]) R.O.H.G. XV 44 S. 145. Goldschmidt I 2 S. 754 Not. 63 u. Text. Eger II S. 250.

[23]) R.O.H.G. VI 96 S. 429. — In wieweit er dem Absender oder dritten Personen gegenüber zur Geltendmachung der durch das Frachtgeschäft begründeten Rechte verpflichtet ist, richtet sich nach seinem diesen Personen gegenüber bestehenden Verhältniss. Thöl S. 64, 65.

[24]) R.O.H.G. IV 74 S. 361, 362, XXII 77 S. 331.

sind, ist der Empfänger nicht berechtigt.[25]) Irrig ist dagegen die Ansicht,[26]) dass der Empfänger die durch das Frachtgeschäft begründeten Rechte nur so weit geltend machen dürfe, als sie aus dem Frachtbrief ersichtlich sind. Denn abgesehen davon, dass dieser Ansicht sowohl der Wortlaut des Art. 405, — wo den durch den **Frachtvertrag** begründeten Rechten die sich aus dem **Frachtbrief** ergebenden Verpflichtungen gegenüberstehen, — als auch dem Gang der Verhandlungen[27]) widerspricht, würde sie konsequenter Weise zu der vom Gesetzgeber perhorreszirten Idee des **reinen Frachtbriefs** führen. Denn wenn nur die aus dem Frachtbriefe ersichtlichen Rechte geltend gemacht werden dürfen, so können konsequenter Weise auch nur die aus dem Frachtbrief ersichtlichen Einreden opponirt werden, und damit würde der Frachtbrief die Natur eines Verpflichtungsscheins annehmen, was der Absicht der Kommission diametral widerläuft.[28])

Insbesondere kann der Empfänger **die Uebergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Guts** verlangen; jedoch braucht der Frachtführer nur an dem im Frachtbrief bezeichneten Bestimmungsort abzuliefern.[29]) Präparatorisch kann der Empfänger auch die actio ad exhibendum auf **Vorzeigung** (nicht: Uebergabe) des Frachtbriefs oder auf Vorzeigung des Frachtguts anstellen, um sich dadurch über die Art und Beschaffenheit des Frachtguts und die darauf ruhenden Verpflichtungen zu informiren. Ob nur die äussere oder auch die innere Besichtigung des Frachtguts verlangt werden kann, richtet sich nach der Geschäftsusance und nach der Art und Weise des Frachtbetriebs. Der Eisenbahnverkehr lässt regelmässig nur eine äussere Besichtigung zu, weil sonst ein geordneter Betrieb nicht möglich wäre. Umgekehrt müssen aber Eisenbahnen die äussere Besichtigung gestatten, widrigenfalls das Präjudiz des Art. 408 Abs. 1 für sie keine Anwendung findet.[30])

Da nach Art. 405 der Empfänger nicht bloss auf gehörige Erfüllung, sondern auch auf Schadenersatz Mangels gehöriger Erfüllung klagen kann, so fragt es sich, nach wessen Person das Interesse festgestellt wird, falls dasselbe, wie bei der Klage wegen Versäumung der Lieferungsfrist, den Umfang des Schadens bestimmt, ob nach der Person des Absenders als des Inhabers, oder aber nach der Person des Empfängers als des Ausübers des verletzten Rechts? Schon nach römischem Rechte kann der Prinzipal, welcher durch einen Prokurator einen Vertrag in seinem (des Prinzipals) Interesse abschliessen lässt, dieses Interesse mittels der actio cessa oder actio utilis geltend machen, weil der Prokurator in diesem Falle das Interesse des Prinzipals zum Inhalt seines Ver-

---

[25]) Hahn Art. 405 § 8 Not. 2 S. 650. Thöl S. 66, 67.

[26]) So Thöl S. 64, 66.

[27]) Vgl. Prot. S. 5045—5047.

[28]) Prot. S. 1235, 1236. Hahn Art. 405 § 8 Not. 3 S. 651.

[29]) Art. 403. Regl. § 59 Abs. 1. R.O.H.G. XI 97 S. 293.

[30]) L. 3 § 14 D. ad exhib. (10, 4). Hahn Art. 405 § 14 S. 654. Puchelt Art. 405 Anm. 8 S. 385, 386, Art. 408 Anm. 1 c. a. E. S. 393. Eger II 75, 108, 111, 152, 152, 176, 177, 260, 261, 270, 285.

trags und des daraus für ihn hervorgehenden Rechts macht. Ganz dasselbe gilt, wenn der Empfänger den in seinem Interesse abgeschlossenen Frachtvertrag auf Grund der ihm durch Art. 405 eingeräumten gesetzlichen Befugniss geltend macht. Eine Unbilligkeit wird dadurch dem Frachtführer nicht zugefügt, da derselbe nach Lage der Sache voraussehen konnte, dass der Empfänger möglicherweise nicht bloss der formell Berechtigte, sondern auch der materiell Interessirte ist.[31])

d. Der Empfänger kann die durch den Frachtvertrag bezw. das Frachtgeschäft begründeten Rechte nur **gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt**, geltend machen. Der Empfänger braucht also nicht alle Verpflichtungen zu erfüllen, die aus dem Frachtgeschäfte hervorgehen, sondern nur die aus dem Frachtbrief sich ergebenden, einerlei ob sie ursprünglich bei Abschluss des Frachtgeschäftes oder erst später, wenn nur vor Geltendmachung der Frachtobligation, entstanden sind, und einerlei ob sie sich unmittelbar und bestimmt aus dem Frachtbriefe ergeben oder nur mittelbar durch Bezugnahme auf eine andere Bestimmungsquelle, z. B. auf die Tarife einer Transportanstalt. Umgekehrt muss der Empfänger nicht bloss Verpflichtungen erfüllen, die sich als Aequivalent für die Vollziehung des Transports darstellen, sondern auch solche, die nur in einen zufälligen Zusammenhang mit dem Frachtbrief gebracht sind, gleichgültig ob dieselben Verpflichtungen des Absenders gegenüber dem Frachtführer sind, wie z. B. geleistete Vorschüsse, oder bloss Verpflichtungen des Empfängers gegenüber dem Absender, wie z. B. nachgenommene Kaufgelder, ja gleichgültig ob sie überhaupt Gegenstand einer Obligation sind oder nicht, wie z. B. Werthnachnahmen bei unbestellten Waaren. Diese Pflicht des Empfängers nach Art. 405 charakterisirt sich durch folgende Eigenthümlichkeiten:

α. Sie ist eine **skripturmässige.** Desshalb stehen Einreden, die der Absender dem Frachtführer entgegensetzen könnte, dem Empfänger nicht zu, falls sie nicht aus dem Frachtbrief selbst sich ergeben.

β. Sie ist keine selbständige, sondern eine von der Geltendmachung der Frachtobligation **abhängige** und mit dieser **konnexe.** Desshalb kann sie nicht durch Klage, sondern nur durch Retention geltend gemacht werden.

γ. Sie ist keine obligatorische Verbindlichkeit, sondern bloss eine Belastung der dem Empfänger in Art. 405 eingeräumten Befugniss, eine **Obliegen-**

---

[31]) Vgl. über dieses interessante Verhältniss die vortreffliche Abhandlung von Zimmermann (Lübeck) im N. Arch. f. H.R. I Nr. 4 S. 48—82, insbesondere S. 68, 73, 79, 81; ausserdem Windscheid § 258 Not. 19 u. Text, Regelsberger im Arch. f. civ. Prax. 63 S. 204, 205 u. Goldschmidt in s. Zeitschr. XXVI S. 608; aus den Quellen insbes. l. 14 D. si quis caut. (2, 11), l. 28 D. de neg. gest. (3, 5), l. 8 § 3 D. mand. (17, 1), l. 81 § 1 D. de V.O. (45, 1); aus der Praxis R.O.H.G. IV 74 S. 359—362 (ein Urtheil, dessen Erörterungen nichts weniger als schlagend sind; a. M. Thöl S. 65 Not. 2), XI 86 S. 260, XIV 123 S. 400, XVII 21 S. 79.

heit. Desshalb ist ihre Erfüllung nur Ablösung dieser Belastung, nicht Befreiung von einer Schuld.[32])

Die beiderseitigen Leistungen finden **Zug um Zug** statt. Der **Frachtführer** braucht insbesondere auch dann nicht das Gut vorher auszuliefern, wenn Streit über die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Verpflichtungen entsteht, und der Empfänger sich zur Kautionsleistung erbietet.[33]) Will der Empfänger das Frachtgut haben, so muss er die frachtbriefsmässigen Verpflichtungen erfüllen und sein etwa dadurch verletztes Interesse nachträglich geltend machen. Der Frachtführer kann nicht etwa bloss den zu seiner Deckung erforderlichen Theil, sondern die ganze Sendung retiniren.[34]) Sind dagegen die Ansprüche des Frachtführers unbestritten und können sich die Parteien nur darüber nicht einigen, in welcher Weise Zug um Zug zu leisten sei, dann muss entweder der Empfänger vor der Empfangnahme des Gutes das Geld oder der Frachtführer vor der Empfangnahme des Geldes das Gut deponiren.[35]) Umgekehrt ist aber auch der **Empfänger** nicht zur Vorleistung verpflichtet. Allein mit Rücksicht darauf, dass im Eisenbahnverkehr eine gleichzeitige beiderseitige Erfüllung nicht möglich ist, und dass die Eisenbahnen die vollste Sicherheit für richtige Nachlieferung bieten, bestimmt das Reglement, dass die Auslieferung des Frachtguts erst nach der Bewerkstelligung der Leistungen des Empfängers stattfindet.[36])

Mit dieser persönlichen Belastung des Empfängers durch die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Verpflichtungen konkurrirt die dingliche Belastung des Frachtguts durch das Pfandrecht des Art. 409, welches wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten, wenn auch nicht aus dem Frachtbrief ersichtlichen Forderungen des Frachtführers besteht. Da nun dieses Pfandrecht ebenfalls zur Retention befugt, so erleidet die Befugniss des Empfängers, die Auslieferung des Guts zu verlangen, die weitere Beschränkung, dass er auch wegen der nicht im Frachtbrief verzeichneten pfandberechtigten Forderungen des Frachtführers das Gut auslösen muss. Allein diese Beschränkung trifft ihn nicht in seiner Eigenschaft als destinirten Empfänger, sondern als Abnehmer des Frachtguts und hemmt nur die Forderung auf Auslieferung desselben, nicht aber die anderweitigen durch den Frachtvertrag begründeten Rechte. Ferner besteht sie bloss zum Besten der pfandberechtigten Forderungen des Frachtführers, nicht aber auch zum Besten der andern aus dem

---

[32]) A. M. R.O.H.G. XIV 88 S. 273 „gegenseitige Erfüllung", „nicht Retention". Aehnlich XX 94 S. 377—379.

[33]) Falls ihm nicht ein Einführungsges. dies erlaubt, wie das von Oldenburg Art. 25 § 2, 3, Mecklenburg § 40 Abs. 2, 3, Hannover § 29 Abs. 2, 3, Bremen § 36, Hamburg § 51. — Das Monit. 470, welches auf Aufnahme einer dem Art. 625 analogen Bestimmung gerichtet war, wurde ausdrücklich verworfen. Prot. S. 4759—4762. — R.O.H.G. XX 94 S. 377—379; vgl. II 55 S. 238, 239 u. A.G. Köln vom 10. Nov. 1858 in Goldschmidts Zeitschr. III S. 222. Eger II S. 268—270.

[34]) R.O.H.G. XIV 88 S. 273.

[35]) Vgl. Art. 407 Abs. 1, 4, 5. Einf.Ges. von Bremen § 36, Hamburg § 51, Oldenburg Art. 25 § 1, Mecklenburg § 40 Abs. 1, Hannover § 29 Abs. 1.

[36]) Regl. § 59 Abs. 9. Uebereink. Art. 26. Eger II S. 175—177, 217—219.

Frachtbrief ersichtlichen Verpflichtungen. Ausserdem setzt sie den besonderen Nachweis der betreffenden Forderungen voraus, während die im Frachtbrief verzeichneten Verpflichtungen aus dem Frachtbrief selbst ersichtlich sind. Und schliesslich kann sie nicht nur durch Erfüllung, sondern auch durch Sicherheitsleistung des Empfängers beseitigt werden.[37]) Ueberhaupt schliesst die Bestimmung des Art. 405 nicht aus, dass der Empfänger nicht etwa aus anderen Rechtsgründen noch zu anderen Leistungen verpflichtet ist; so z. B. als Abnehmer zur Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses,[38]) wegen Verzugs zur Zahlung von Liege-, Lagergeldern, Wagenstrafmiethen u. dgl.[39])

Ist gar kein Frachtbrief ausgestellt, so hat der Frachtführer nur das gewöhnliche obligatorische bezw. das pfandrechtliche Retentionsrecht.

e. Der Empfänger hat die Befugniss zur Geltendmachung der durch das Frachtgeschäft begründeten Rechte nur, **sofern nicht der Frachtführer seitens des Absenders eine rechtzeitige entgegenstehende Anweisung erhalten hat.**[40]) Das Verhältniss zwischen Absender und Empfänger ist eben das, dass in der Zeit zwischen der Ankunft des Frachtführers bezw. des Frachtguts am Bestimmungort und dem Momente der Frachtbriefsübergabe bezw. der Klageerhebung zwar beide die Befugniss zur Geltendmachung der Frachtrechte haben, der Absender aber als dominus negotii dem Empfänger vorgeht.

4. Aus der Verpflichtung des Frachtführers, die Frachtobligation in der Person des Empfängers zu erfüllen, ergibt sich sein **Recht, dem letzteren die Erfüllung anzubieten,** um sich seiner Verbindlichkeiten zu entledigen. Das Anerbieten muss eine **Realofferte** sein. Dieselbe besteht bei Bringgut in der Zuführung desselben an das Haus oder Geschäftslokal des Empfängers, dagegen bei Holgut in der Avisirung und Bereitstellung des Guts zur Annahme. Der Frachtführer braucht aber nicht schlechtweg anzubieten, sondern nur gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt bezw. wie sie sich aus besonderen Rechtsgründen ergeben.[41]) Nimmt der Empfänger auf gehöriges Anerbieten hin nicht an, so tritt das Verfahren bei Ablieferungshindernissen ein; verzögert er aber bloss die Abnahme des Guts, ohne dieselbe zu verweigern, so geräth er in **Annahmeverzug.** Denn wenn der Empfänger die Erfüllung der Frachtobligation in seiner Person haben will, so ist er verpflichtet, derselben keine Hindernisse zu bereiten. Er braucht nicht anzunehmen, da er als blosser

[37]) Vgl. O.Trib. Berlin vom 28. Januar 1868 bei Striethorst 71 S. 44 ff. Puchelt Art. 409 Anm. 2 S. 395, 396. Wehrmann S. 202, 203. Eger II S. 271, 544, 545.

[38]) Und nach Regl. § 59 Abs. 9 zur Vorzeigung des quittirten Frachtbriefs. Eger II S. 175—179.

[39]) Regl. § 60 Z. 3—6.

[40]) Diese negative Voraussetzung, die sich textuell bloss an die in Art. 405 besonders hervorgehobene Befugniss auf Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts anschliesst, gilt allgemein für alle dem Empfänger nach diesem Artikel zustehenden Befugnisse. Hahn a. a. O. S. 655. Eger II S. 287—294.

[41]) Vgl. R.O.H.G. II 93 S. 417, 418.

Destinatär niemals dazu verbunden ist; will er aber annehmen, so muss er ordnungsmässig abnehmen, da der Frachtführer nur zur ordnungsmässigen Ablieferung verpflichtet ist.[42]) Die Folgen des Annahmeverzugs sind insbesondere:

a. Die Verantwortlichkeit des Frachtführers wird auf dolus und lata culpa herabgemindert.

b. Bringgut wandelt sich in Holgut um.[43])

c. Der Frachtführer bekommt Schadenersatzansprüche wegen der nachtheiligen Folgen des Verzugs; doch kann er dieselben vor dem Eintritt des Empfängers in den Frachtvertrag nur retentionsweise geltend machen. Zu diesen Schadensansprüchen gehören insbesondere die Ansprüche wegen Lager-, Warte-, Liegegelder,[44]) sowie wegen Wagenstrafmiethen. Ueber Lagergelder und Wagenstrafmiethen bestimmt das Reglement Folgendes:

α. Ist das Gut Holgut und zur Abnahme bereit gestellt, aber nicht innerhalb der lagerzinsfreien Zeit abgenommen, so ist das tarifmässige Lagergeld zu bezahlen. Da Abandon nicht stattfindet, so muss Lagergeld auch wegen verzögerter Abnahme von beschädigtem Gut entrichtet werden. Hat aber die Bahn das Gut avisirt und im Bahnhofe nicht spätestens innerhalb einer Stunde nach dem Eintreffen des Abholers zur Entladung bezw. Abholung bereit gestellt, so muss sie alle vom Empfänger nachgewiesenen Kosten der vergeblichen Abholung ersetzen, wenn dieser den Versuch dazu rechtzeitig, d. h. in der reglementarischen oder üblichen Geschäftszeit (nicht ausserhalb der Expeditionsstunden, nicht Nachts, nicht an Sonn- und Festtagen u. s. w.) gemacht hat.

β. Hat der Empfänger die Güter selber aus dem Wagen abzuladen und abzuholen und thut er dies nicht innerhalb der von der Verwaltung reglementsmässig bestimmten Frist, so hat die Bahn folgende Befugnisse:

αα. Sie kann die Wagen über die vorgeschriebene Zeit hinaus zur Disposition des Empfängers stellen und die tarifarische Wagenstrafmiethe für die Zeit der Versäumung einziehen.

ββ. Sie kann auf Gefahr und Kosten des Empfängers bezw. Absenders die Wagen entladen und das Entladene alsdann entweder gegen das tarifmässige Lagergeld bei sich lagern lassen, oder aber sich der weiteren Fürsorge für dasselbe in der bei Ablieferungshindernissen zulässigen Art und Weise entledigen.[45])

II. In das **zweite Hauptstadium** tritt das Rechtsverhältniss zwischen Frachtführer und Empfänger durch die Uebergabe des Frachtbriefs an den Empfänger bezw. durch Erhebung der Klage auf Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts seitens des Empfängers.

---

[42]) R.O.H.G. XX 104 S. 410, 411. Eger II S. 153, 154. A. M. Thöl § 36 Not. 3 S. 62, 63. Vgl. Saran in Löhrs C.O.N.F. V S. 554—559.

[43]) R.O.H.G. II 93 S. 418. Wehrmann S. 183.

[44]) Ueber Liegegelder vgl. Saran a. a. O. S. 559—570.

[45]) Regl. § 60 Z. 3—6, § 61 Abs. 1, 4. Eger II S. 209—217. Vgl. Regl. § 28 Abs. 2 S. 3, § 36 S. 3, § 42 Abs. 5, § 43 Abs. 3 S. 3. § 48 Anl. D. I Z. 10 Abs. 3; XVI Z. 4 Abs. 2; XVII Abs. 1; XVIII; XIX Abs. 3; XXII Abs. 2; XXV.

1. Von diesem Momente an **hat der Frachtführer nur noch die Anweisungen des Empfängers zu beachten**, weil nunmehr dieser dieselbe ausschliessliche Verfügungsgewalt über das Frachtverhältniss und das Frachtgut bekommen hat, welche während des Transports der Absender hatte. Nur muss die Uebergabe des Frachtbriefs bezw. die Klageerhebung nach Ankunft des Guts bezw. des Frachtführers am Bestimmmungsort stattgehabt haben. Folgt nach diesen Vorkommnissen der Frachtführer den Anweisungen des Absenders, so ist er dem Empfänger verantwortlich.[46]) Allein der Empfänger wird weder durch Annahme des Frachtbriefs noch durch Klageerhebung, ja nicht einmal durch Annahme des Guts für sich allein dem Frachtführer auf Erfüllung von dessen Ansprüchen obligirt; denn alle diese Akte haben an und für sich nur vorläufige Bedeutung.[47])

2. **„Durch die Annahme des Guts und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Massgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten.“**[48]) Diese Bestimmung hat man in der verschiedensten Weise zu konstruiren versucht. Abgesehen von der keiner Widerlegung bedürftigen **Cessionstheorie Egers**[49]) sind noch zu erwähnen die **Anweisungstheorie**[50]) und die **Innominatkontraktstheorie**.[51]) Nach der Anweisungstheorie enthält der Frachtbrief eine Anweisung des Absenders an den Empfänger, dem Frachtführer die Fracht und Spesen zu zahlen, welche Anweisung wirksam acceptirt werde durch Annahme des Guts und Frachtbriefs seitens des Empfängers. Zu dieser Theorie hat hauptsächlich die in ältern Frachtbriefen ganz allgemein, aber auch noch heutzutage nicht selten vorkommende Frachtzahlungsklausel Veranlassung gegeben. Doch erklärt sich diese Klausel einfach aus der Briefform des Frachtbriefs und bezweckt nur eine Benachrichtigung von Seiten des Absenders über die Höhe der Fracht und die Thatsache der Nichtzahlung derselben durch den Absender, bekundet aber keineswegs die rechtliche Absicht des Zahlungsmandats. Ausserdem würde diese Theorie prinzipiell die Haftung des Empfängers nur gegenüber dem Absender als Mandanten aber nicht gegenüber dem Frachtführer erklären, ausser in dem Falle, wo der Empfänger Kaufmann wäre.[52]) Die Innominatkontraktstheorie sieht in der Uebergabe des Guts und Frachtbriefs an den Empfänger eine Vorleistung, durch deren Annahme sich der letztere nach der Kategorie: do ut des zur Zahlungsleistung nach Massgabe des Frachtbriefs

---

[46]) Art. 402 Abs. 2, Art. 405 a. E. Thöl S. 26.

[47]) Goldschmidt I 2 S. 751. Thöl S. 62, 63. — Hahn Art. 405 § 14 S. 654 scheint die Klageerhebung für den Empfänger präjudizirlich zu halten. Schlechtweg thut dies Eger II S. 309, 310.

[48]) Art. 406. — Entw. I. Les. Art. 341 Abs. 3. Entw. II. Les. Art. 379 Abs. 3. — Prot. S. 816, 822, 4751, 4753, 5099—5102. Eger II S. 301—335.

[49]) II S. 302, 308—310.

[50]) N. Arch. f. H.R. I S. 362. Goldschmidt I 2 S. 752 Not. 46. Anschütz Art. 382 S. 414. Kuhn in Buschs Arch. 6 S. 395—397. Saran in Löhrs C.O. N. F. V S. 554—557. Vgl. auch Prot. S. 819, 5101.

[51]) C. F. Koch Art. 406 Anm. 31.

[52]) Art. 300.

verpflichte. Allein es liegt nur der Schein eines Innominatkontraktes vor, in Wahrheit stellt sich die Bestimmung des Art. 406 als die Wirkung eines per facta concludentia abgeschlossenen Vertrags dar. Indem nämlich der Frachtführer dem Empfänger das Gut nebst Frachtbrief anbietet, macht er ihm die Offerte, das Gut gegen Erfüllung der im Frachtbrief enthaltenen Verpflichtungen ausliefern zu wollen, und indem der Empfänger Gut und Frachtbrief annimmt, erklärt er damit stillschweigend seine Zustimmung.[53]) Dieses stillschweigende Vertragsverhältniss war schon vor der Emanation des H.G.B. in Theorie und Praxis allgemein anerkannt[54]) und ist jetzt durch Art. 406 zum Rang einer **gesetzlichen Präsumtion** erhoben, indem nunmehr in allen Fällen, wo nicht aus den Umständen oder aus einer Erklärung des Empfängers das Gegentheil sich ergibt, präsumirt wird, der Empfänger habe Gut und Frachtbrief mit dem Willen angenommen, sich dadurch dem Frachtführer auf Zahlungsleistung nach Massgabe des Frachtbriefs zu verpflichten. Durch diesen gesetzlich beigelegten Präsumtionscharakter allein unterscheidet sich diese konkludente Thatsache von anderen konkludenten Thatsachen, welche die nämliche juristische Wirkung erzeugen können. So kann zur Zahlungsleistung nach Massgabe des Frachtbriefs der Empfänger sich z. B. auch durch die blosse Annahme des Guts auf Grund des ihm in irgend einer Weise dem Inhalte nach bekannt gemachten Frachtbriefs, oder durch blosse Annahme des Frachtbriefs nach vorausgegangener Untersuchung und Billigung des nicht gleichzeitig abgelieferten Guts verpflichten; desgleichen durch Verweigerung der Rückgabe des zuvor ohne seinen Willen in seinen Gewahrsam gekommenen Guts und Frachtbriefs.[55]) Ist gar kein Frachtbrief ausgestellt, so kann die gleiche Konkludenz in der Annahme des Guts nach vorheriger Mittheilung der Frachtbedingungen enthalten sein u. dgl. Selbstverständlich hat ein ausdrückliches Versprechen der Spesenzahlung auch ohne Annahme von Frachtbrief oder Frachtgut die nämliche verpflichtende Wirkung. Umgekehrt kann die Entgegennahme von Frachtgut und Frachtbrief vorhanden sein und trotzdem keine Verpflichtung des Empfängers entstehen, indem es nachweislich an seinem Verpflichtungswillen fehlt, z. B. wenn er Gut und Frachtbrief bloss angenommen hat, um sich die Sache zu überlegen. Noch viel weniger kann von einer Verbindlichkeit desselben die Rede sein, wenn Gut und Frachtbrief ohne Wissen und Willen in seinen Gewahrsam gekommen sind, z. B. während seiner Abwesenheit. Weigert sich der Empfänger das Gut zurückzugeben, so kann darin möglicherweise eine stillschweigende Annahme der in der Uebergabe des Guts und des Frachtbriefs seitens des Frachtführers enthaltenen Offerte liegen,[56]) und alsdann kann der letztere auf Zahlung nach Massgabe des Frachtbriefs klagen. Möglicherweise aber kann der Empfänger die Rückgabe auch

---

[53]) So auch R.O.H.G. XXI 57 S. 182. Hahn Art. 406 § 3 S. 657.

[54]) Münter I S. 99, 100. Pöhls I S. 151. Brinckmann S. 438. N. Arch. f. H.R. I S. 361. Thöl, Ausgew. Entscheidungsgr. S. 238. Seufferts Arch. II. 99.

[55]) R.O.H.G. XX 104 S. 410. Hahn Art. 406 § 3 S. 657. Puchelt Art. 406 Anm. 1 S. 386, 387. Endemann S. 732 Not. 13. Thöl S. 63.

[56]) Nicht ganz richtig Hahn a. a. O. S. 657, 658 Text zu Not. 10.

aus anderen Gründen verweigern, und dann kann der Frachtführer nur die Restitution des Guts verlangen, sei es mittels der a. ad exhibendum,[57]) sei es mittels der Pfandklage auf Grund des Art. 409, sei es mittels der Spolienklage,[58]) sei es mittels der a. furti.[59])

Ueber den Begriff der **Annahme** nach Art. 406 ist insbesondere Folgendes zu bemerken:

a. Die Annahme besteht in der wissentlichen und willentlichen Erlangung des Gewahrsams an Gut **und** Frachtbrief seitens des Empfängers oder seines Vertreters. Irrig ist die Ansicht, dass eine blosse Vorzeigung des Frachtbriefs genüge. Die Annahme des Guts unter Vorzeigung des Frachtbriefs kann allerdings eine konkludente Handlung sein, sie genügt aber nicht, um die gesetzliche Präsumtion zu begründen.

b. Die Annahme muss **am Ablieferungsort** stattfinden.. Eine frühere Annahme genügt nur dann, wenn sie nicht in Gemässheit des Art. 404 bloss zu Sicherheitszwecken stattgefunden hat.

c. Besteht die Sendung aus einer Quantität zusammengehöriger Gegenstände, die nur successiv abgenommen werden können, so liegt eine Annahme erst nach der **vollständigen Einhändigung** und nicht schon nach Einhändigung eines Theils derselben vor. Der Empfänger kann desshalb den bereits angenommenen Theil wieder restituiren und so seine Obligirung verhindern. Anders ist es, wenn die zu einer Sendung äusserlich im Frachtbrief vereinigten Gegenstände nicht zusammengehören. Da in diesem Falle so viele Sendungen vorhanden sind, als selbständige Güter, so liegt in jeder Annahme eines solchen selbständigen Guts eine Annahme im Sinn des Art. 406.[60]) Eine Annahme im Sinn dieses Artikels liegt aber auch dann vor, wenn dem Empfänger von einer Quantität zusammengehöriger Gegenstände bloss der angekommene Theil ausgehändigt worden ist und er denselben nicht mehr zurückgibt. In diesem Fall muss er verhältnissmässig nach Massgabe des Frachtbriefs Zahlung leisten.[61])

Der Empfänger hat **„dem Frachtführer“** Zahlung zu leisten, d. h. dem **letzten** Frachtführer, mit dem allein er den Vertrag abgeschlossen hat, nicht dessen Vormännern. Ein Vertrag zu Gunsten dieser Dritten liegt nicht vor, da er von keiner Seite intendirt ist; auch nicht trotz der Bestimmung des Art. 410 Abs. 1, da diese den letzten Frachtführer nur verpflichtet, die Forderungen seiner Vormänner einzuziehen und deren Rechte bei der Ablieferung geltend zu machen, aber nicht Verträge in ihrem Namen zu schliessen.[62]) Der Empfänger hat Zahlung zu leisten **„nach Massgabe des Frachtbriefs“**, d. h. alle aus dem Frachtbrief sich ergebenden Verpflichtungen, die der Frachtführer

[57]) L. 3 § 3 D. ad exib. (10, 4).

[58]) **Bruns**, Besitzklagen S. 237 ff., 249, 250, 259, 260.

[59]) L. 15 § 2 D. de furt. (47, 2) „si ob aliquas impensas retentionem ejus habueris“; l. 29 pr. D. depositi (16, 3); l. 3 § 18 D. de A. vel O.P. (41, 2); arg. § 10, 14 J. de obl. quae ex del. (4, 1); l. 19 § 5, 6 D. de furt. (47, 2).

[60]) Vgl. R.O.H.G. XV 44 S. 142, 143.

[61]) Vgl. Regl. § 59 Abs. 9 Z. 4.

[62]) A. M. **Wehrmann** S. 205. **Eger** II S. 655, 656.

vor der Uebergabe des Guts nur retentionsweise, möglichenfalls auch pfandweise geltend machen kann, werden durch Annahme des Guts und Frachtbriefs seitens des Empfängers zu dessen obligatorischen Verbindlichkeiten. Gleichgültig ist es, ob diese Verpflichtungen sich direkt aus dem Wortlaut des Frachtbriefs oder indirekt durch Bezugnahme auf anderweitige Bestimmungsquellen (Gesetze, Reglements, Tarife, Lokalstatuten, Ortsgebräuche, Begleitpapiere, Fakturen u. dgl.) ergeben. Darum nützt und schadet dem Empfänger ein bei der Berechnung der Fracht und Spesen stattgehabter Irrthum nicht;[63]) selbst bei einer Frankosendung ist er zur Nachzahlung der zu wenig erhobenen Fracht verpflichtet, falls dieselbe nach einer in Bezug genommenen Quelle bestimmt wurde.[64]) Ja seine Verpflichtung erstreckt sich sogar auf Konventionalstrafen und andere Gebühren, welche sich aus den im Frachtbrief in Bezug genommenen Normen ergeben.[65]) Auch ist es gleichgültig, ob eine aus dem Frachtbrief sich ergebende Verpflichtung einer eigenen persönlichen Forderung des abliefernden Frachtführers oder einer solchen aus der Person eines Vormanns bezw. des Absenders entspricht, ja sogar ob dieselbe vor der Annahme überhaupt Inhalt eines obligatorischen oder vielleicht bloss Inhalt eines Retentionsrechts ist. Desshalb ist der annehmende Empfänger nicht bloss zur Zahlung der Fracht und Spesen, sondern auch der Nachnahmen verpflichtet, gleichgültig ob der Frachtführer die letzteren verauslagt hat oder nicht, und gleichgültig ob sie vor der Annahme von dem Empfänger geschuldet waren oder nicht.[66]) Selbstverständlich ist es, dass er den nur indirekt aus dem Frachtbriefe sich ergebenden Ansprüchen mit Einreden begegnen darf, insofern diese Ansprüche sich aus der in Bezug genommenen Bestimmungsquelle nicht rechtfertigen lassen.[67]) Dagegen kann er Einreden, welche aus den Personen der Vormänner des abliefernden Frachtführers entnommen sind, wegen des skripturmässigen Charakters seiner Verbindlichkeit nur in so weit opponiren, als sie aus dem Frachtbrief selbst sich ergeben.

Durch die Annahme des Guts und des Frachtbriefs sowie durch ähnliche konkludente Handlungen **tritt der Empfänger in das Frachtgeschäft ein.** Seine bisher auf dem Rechte des Absenders beruhenden Befugnisse werden nunmehr zu **eigenen Rechten** aus eigenem Geschäfte, ohne dass sie jedoch dem Umfange nach eine Veränderung erleiden. Umgekehrt werden die auf diesen Befugnissen als Belastungen ruhenden Verpflichtungen zu **obligatorischen Verbindlichkeiten,** wiederum im gleichen Umfange. Wenn nun auch der Empfänger aus Ursachen, die in fremden Personen gegeben sind,

---

[63]) Regl. § 53 Abs. 2. Entw. von 1874 § 45. — R.O.H.G. XXI 57 S. 181—185, XXIII 100 S. 304—307. — Eger II S. 323—332, 349, 350, 362—367, 654, 655.

[64]) R.O.H.G. IX 23 S. 71—77. Oesterr. Ob.Ger. vom 17. Aug. 1864 bei Eger II S. 330.

[65]) R.O.H.G. XXI 58 S. 185—187.

[66]) A. M. A.G. Breslau vom 18. Dezbr. 1874 in Goldschmidts Zeitschr. XXI S. 294—299. Mit Recht dagegen O.Trib. Berlin vom 12. Okt. 1875 bei Striethorst 76 S. 67. Eger II S. 321—332, 553, 554.

[67]) Vgl. Regl. § 52 Abs. 1 S. 2. — R.O.H.G. VIII 49 S. 196, XXIII 100 S. 307, 308.

nicht über den Inhalt des Frachtbriefs hinaus haftet,[68]) so ist damit aber nicht gesagt, dass derselbe nicht aus Gründen, die in seiner eigenen Person liegen, noch weiter verpflichtet werden kann. Und so ist er namentlich verantwortlich für sein Verhalten bei der Annahme des Guts, einerlei ob diese Annahme seinem Eintritt in das Frachtgeschäft nachfolgt oder mit demselben koinzidirt. Denn da der Frachtführer dem Empfänger nach Massgabe des Frachtgeschäftes und nur nach Massgabe des Frachtgeschäftes abliefern muss, so wird der Empfänger durch seinen Eintritt in dasselbe dafür obligatorisch verantwortlich, wenn durch sein Verhalten zum Nachtheil des Frachtführers nicht vertragsmässig abgeliefert werden kann. Darum haftet er insbesondere für das Verzugsinteresse, namentlich für Liege- und Lagergelder, auch wenn der Frachtbrief hierüber nichts bestimmt.[69])

Vom Moment des Eintritts des Empfängers in das Frachtgeschäft an ist sowohl der letztere als auch der Absender dem Frachtführer für Zahlung der Fracht und Nebengebühren haftbar; allein der Absender nur, falls der Frachtführer vergeblich den Empfänger zur Zahlungsleistung aufgefordert und sein Pfandrecht binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend gemacht hat.[70]) Der Frachtführer soll nämlich nach der Intention des Frachtgeschäfts seine Befriedigung zunächst beim Empfänger suchen, und erst wenn er dies ohne Erfolg gethan, auf dem Weg des Regresses sich an den Absender halten. Liefert der Frachtführer gegen Verbot des Absenders das Gut ohne Zahlung an den Empfänger ab, oder aber zwar nicht wider ein solches Verbot, allein ohne sein Pfandrecht binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend zu machen, so wird der Absender frei.[71]) Nimmt der Frachtführer das vom Empfänger bereits angenommene Gut nebst Frachtbrief wieder zurück, so ist zwar sein Anspruch gegen den Absender gewahrt; er haftet aber demselben für den durch diese Rücknahme erlittenen Schaden. Irrig ist die Ansicht, dass der Frachtführer zunächst den Empfänger ausklagen und den Pfandverkauf vornehmen müsse, ehe er gegen den Absender regrediren könne.[72])

---

[68]) A. M. Saran in Löhrs C.O. N. F. V S. 556 Not. 1.

[69]) R.O.H.G. XX 94 S. 378, 379; 104 S. 409—411. A.G. Magdeburg vom 20. Juni 1868 in Löhrs C.O. N. F. V S. 87. A. G. Stettin vom 4. Oktober 1866 Ebend. S. 553. Eger II S. 333, 334. A. M. Thöl § 36 Not. 3 S. 61, 63, weil der Empfänger dem Frachtführer gegenüber gar nicht in Verzug kommen könne, was nicht richtig ist. Denn wer kraft eigener Befugniss Erfüllung fordern kann, muss auf ordnungsmässiges Anerbieten hin annehmen. Nimmt er nicht an und verlangt doch Erfüllung, so fordert er etwas Ungerechtes, falls er nicht dem Schuldner den Schaden ausgleicht, den derselbe in Folge des früheren Nichtannehmens erlitt.

[70]) Art. 412.

[71]) Art. 412 S. 1. Nach früherem Rechte wurde der Absender schon durch die blosse Ablieferung des Gutes ohne Zahlung frei.

[72]) So Eger II S 646—651. Vgl. u. § 349 III.

8. Modifikationen des Frachtgeschäfts.

§ 347.

a. Im Allgemeinen; insbesondere die Nachnahme.

I. Das Frachtgeschäft kann in verschiedener Weise modifizirt werden. Es gibt Modifikationen, welche die gewöhnliche äussere Erscheinung des Frachtgeschäftes unangetastet lassen und nur innerlich den Inhalt der Frachtobligation alteriren. In wie weit dieselben zulässig sind, wurde bereits oben bei Darstellung der Verpflichtungen des Frachtführers gezeigt und wird unten im Eisenbahnrechte noch weiter gezeigt werden. Es gibt aber auch Modifikationen, welche die äussere Erscheinungsform des Frachtgeschäftes dadurch verändern, dass zu dem Frachtgeschäft ein anderes Geschäft in äussere Verbindung tritt. Ist diese Verbindung lediglich eine äussere, so wird durch sie der Inhalt der Frachtobligation nicht affizirt; vielmehr tritt nur eine zweite Verpflichtung zur Frachtverpflichtung hinzu. Dies ist z. B. der Fall, wenn das Frachtgeschäft in Verbindung mit Personentransport vorkommt, oder wenn dem Frachtvertrage ein Speditionsauftrag [1]) oder eine Versicherung [2]) hinzugefügt wird. Derartige Kombinationen bedürfen keiner besonderen Darstellung, da für jedes der kombinirten Geschäfte dessen eigenthümliche Grundsätze zur Anwendung kommen. Anders ist es, wenn die Kombination nicht bloss eine äussere, sondern gleichzeitig auch eine innere Verbindung der beiden kombinirten Geschäfte bewirkt. Denn in Folge davon wird die Frachtobligation selbst influenzirt und modifizirt. Eine solche Modifikation wird nun bewirkt durch Ausstellung eines Ladescheins und durch Auflegung von Nachnahmen. Dem Ladescheine ist die Darstellung des folgenden Paragraphen gewidmet, während in diesem Paragraphen von der Nachnahme gehandelt werden soll.

II. Die **Nachnahme.**

1. Der Begriff der Nachnahme ist in der Theorie schwankend. Nach **Thöls** [3]) Ansicht ist die Nachnahme eine Geldsumme, welche auf den Destinatär zur Zahlung angewiesen wird, ein angenommenes **Einkassirungsmandat** bald ohne bald mit Vorwegzahlung des Nachnahmebetrags. Dagegen ist nach **Anschütz** [4]) die **nicht gezahlte** Nachnahme überhaupt keine wahre Nachnahme. Besser ist die Definition **Egers.** [5]) Nach diesem Schriftsteller sind Nachnahmen Geldbeträge, welche, gleichviel ob sie mit den Transportkosten in Zusammenhang stehen oder nicht, oder ob sie im Voraus oder erst nach Eingang gezahlt werden, durch den **Frachtvertrag** vom Absender oder seinen Rechtsnachfolgern auf das Gut gelegt (entnommen) werden. Doch auch diese Definition trifft nicht das Charakteristische der Nachnahme, welches in einer Verstrickung des Guts besteht. Die Nachnahme ist nämlich eine **Verstrickung des Guts** durch die im Fracht-

---

1) Vgl. Art. 430. Regl. § 65 Abs. 1. S. u. § 358 I 2.

2) S. o. S. 325 Text zu Not. 62.

3) S. 19, 127—130.

4) Art. 382 S. 412 Not. 32.

5) II S. 547; vgl. S. 322.

brief bezw. Ladeschein stattfindende Auflage einer Geldsumme auf dasselbe, ohne deren Zahlung an oder zu Gunsten des Auflegenden das Gut an den Adressaten weder ausgeliefert werden darf, noch ausgeliefert werden muss. Die Verstrickung des Guts besteht also darin, dass seine Beförderung in die Hände des Adressaten oder vielmehr der letzte Akt dieser Beförderung, die Auslieferung, gehemmt ist in dem Sinne, dass das Gut zuvor durch Zahlung der Nachnahme ausgelöst sein muss. Während das Frachtgut als **solches** bestimmungsgemäss in die Hände des Destinatärs kommen soll, und in Folge davon sowohl der Frachtführer die Befugniss hat, das Gut am Bestimmungsort dem Destinatär auszuliefern, als auch der Destinatär, die Auslieferung desselben vom Frachtführer zu fordern, wird durch Auflegung der Nachnahme dieser Beförderung ein Hinderniss bereitet, welches erst durch Zahlung der Nachnahme beseitigt werden muss. Da aber die Beförderung dem Frachtführer obliegt, so muss er seinerseits Alles thun, was die Auslösung durch den Destinatär und dadurch die Beseitigung des Beförderungshindernisses herbeiführen kann, d. h. er hat das Gut demselben zur Auslösung anzubieten und die bezahlte Nachnahmesumme in Empfang zu nehmen.[6]) Und so können die Verpflichtungen des Frachtführers in Beziehung auf die Nachnahme nur als Ausflüsse eines modifizirten Frachtgeschäfts, nicht als Wirkungen eines besondern daneben hergehenden Inkassomandates begriffen werden.[7])

2. Mit Nachnahme kann das Frachtgut ein Jeder belasten, der die Verfügung über dasselbe hat und es zum Zwecke der Beförderung an den Destinatär einem Andern aushändigt, also der Absender sowie ein jeder Vormann des letzten Frachtführers oder des Platzspediteurs.[8]) Aufgelegt wird die Nachnahme zu Lasten des Destinatärs und zu Gunsten des Nachnehmers.

3. Die Nachnahme kann sich beziehen entweder auf die Transportunkosten, d. h. auf die bei der Uebernahme bereits auf dem Gute haftenden Spesen, wie Vorfrachten Rollgelder Packgebühren u. dgl., **Spesennachnahme i. e. S.,** und die während des Transports erwachsenden Auslagen, als Zollgelder Reparaturunkosten u. dgl., **Auslagennachnahme, Spesennachnahme** i. w. S., oder aber auf den Werth des Guts, **Werthnachnahme.** Die Werthnachnahme wird sehr oft als **„Vorschuss"** bezeichnet; allein sie unterscheidet sich von demselben wesentlich dadurch, dass sie das Gut in Bezug auf seine Beförderung bestrickt, was der Vorschuss **für sich allein** nicht thut.[9])

4. Die Nachnahme muss im **Frachtbrief** bezw. im **Ladeschein** vermerkt sein. Ein nicht im Frachtbrief bezw. Ladeschein vermerkter Vorschuss oder Einkassirungsauftrag wäre ein gewöhnliches Darlehens- oder Mandatsgeschäft und könnte den regelmässigen Lauf der Beförderung nicht beeinträchtigen. Der Frachtführer müsste nach seiner Ankunft am Bestimmungsort das Gut nach

---

[6]) Vgl. Prot. S. 1223.

[7]) Vgl. A.G. Nürnberg vom 5. März 1869 in Seufferts Arch. XXV. 64. Eger II S. 553. — Irrig A.G. Breslau in Goldschmidts Zeitschr. XXI S. 295, 296, 298.

[8]) Prot. S. 1220. Eger II S. 548; ungenau S. 368.

[9]) Desshalb sind die rücksichtlich des Guts gegebenen Vorschüsse des Kommissionärs und Spediteurs etwas Anderes, als die vom Frachtführer verauslagten Nachnahmen.

Art. 405 und Art. 415 Abs. 1 ausliefern, ohne dass der Empfänger die betreffende Summe zu bezahlen hätte, falls nicht nach andern Grundsätzen ein Retentionsrecht bestünde.

5. Der Frachtführer hat in Folge der Nachnahmeauflegung eine alternative Verpflichtung: dem Nachnehmer entweder den Nachnahmebetrag einzuhändigen, oder aber das Frachtgut zurückzuliefern. Doch ist jede dieser beiden alternativen Verpflichtungen bedingt; die erste dadurch, dass der Empfänger das Gut auslöst, was der Frachtführer jedenfalls zu versuchen hat; die zweite dadurch, dass der Empfänger trotz an ihn gerichteter Aufforderung den Nachahmebetrag nicht bezahlt.

6. Der Frachtführer kann das Gut selber auslösen, indem er den Betrag der Nachnahme **verauslagt, vorschiesst.**[10]) Dadurch wird das Gut von seiner Verstrickung befreit. Zwar verliert der Frachtführer den Regress wegen Nichtzahlung des verauslagten Nachnahmebetrags seitens des Empfängers, wenn er dem Regressaten nicht mit dem Gute aufkommen kann; allein das ist keine Folge der etwa noch fortdauernden Nachnahmeverstrickung, sondern eine Konsequenz des allgemeinen frachtrechtlichen Postulats, dass Jeder, welcher wegen nicht bezahlter Auslagen und Verwendungen auf das Gut oder dessen Beförderung gegen einen Vormann regrediren will, demselben mit dem Gut aufzukommen hat. Und eine solche Auslage auf die Beförderung des Guts ist eben die Vorlegung der Nachnahme, nicht ein Vorschuss oder ein Darlehen.[11]) Im Uebrigen ist bezüglich des Regresses zu unterscheiden:

a. Hat der Frachtführer Werthnachnahmen vorgelegt, so kann er sowohl gegen seinen abbezahlten unmittelbaren Vormann als auch gegen den Absender schlechtweg regrediren; gegen den ersteren aus eigenem Recht, gegen den letzteren aus dem Rechte des abbezahlten Vormanns.[12])

b. Hat er nachgenommene Spesen bezw. Auslagen verauslagt, so kann er zwar gegen den abbezahlten Vormann schlechtweg regrediren, gegen den Absender aber nur, soweit er deren Richtigkeit nachweist.[13])

7. Legt der Frachtführer den Nachnahmebetrag nicht vor,[14]) so ist er verpflichtet, das Frachtgut solange zu retiniren, bis der Destinatär die Nachnahme bezahlt hat. Diese Verpflichtung liegt ihm aber nicht erst in Folge einer speziellen darauf gerichteten Vereinbarung ob,[15]) sondern schon kraft der

---

[10]) „Nachnahme für Baarvorschüsse“, Uebereink. Art. 24 Z. 3a.

[11]) So irrig Eger II S. 370 mit irrigen Konsequenzen.

[12]) Art. 410 Abs. 2, 3.

[13]) A. M. Hahn Art. 410 § 4 S. 669. Allein auch wenn man die Verauslagung der Spesen als nützliche Verwendung ansieht, genügt der Nachweis der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers bei der Verauslagung nicht, weil die Nützlichkeit eine objektive und nicht eine bloss subjektiv vermeintliche sein muss; cf. l. 10 § 1 i. f. D. de neg. gest. (3, 5).

[14]) „Nachnahme nach Eingang“, Uebereink. Art. 24 Z. 3, 6.

[15]) Wie Eger S. 551 meint und das von ihm cit. U. d. H.A.G. Nürnberg vom 5. März 1869 zu meinen scheint. Vgl. dagegen auch Art. 410 Abs. 1.

Annahme des Frachtbriefs, worin die Annahme verzeichnet ist. Wird dieselbe bezahlt, so muss er den eingegangenen Betrag dem Nachnehmenden abliefern. Wird sie nicht bezahlt und liefert er trotzdem das Gut aus, so ist er dem Nachnehmenden wegen nicht vertragsmässigen Gebahrens verantwortlich und zwar auf dessen Interesse.[16]) Desshalb hat der Nachnehmende keine Klage, wenn aus dieser Vertragsverletzung kein Schaden für ihn entstanden ist.[17]) Auch hat dieses Interesse stets seine Grenze am Werthe des Guts, indem der Frachtführer bloss bis zu diesem Werth für die Nachnahme verantwortlich ist.[18]) Zur Begründung seines Anspruchs braucht der Nachnehmende nur die Auflage der Nachnahme nachzuweisen. Es ist dann Sache des Frachtführers, den Gegenbeweis zu führen, dass er dem Nachnehmenden die Nachnahme bezahlt oder das Gut zurückgeliefert, oder dass, obschon weder das Eine noch das Andere geschehen, der Nachnehmende doch keinen oder einen geringeren Schaden, als die Nachnahmesumme beträgt, erlitten habe. Auch braucht der Nachnehmende nicht etwa zuvor den Destinatär auf Zahlung der Nachnahme auszuklagen, was er nur auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses könnte; vielmehr ist dies Sache des Frachtführers.[19])

8. Vor der Annahme des Guts und des Frachtbriefs seitens des Empfängers hat der Frachtführer diesem gegenüber wegen der Nachnahme nur das Retentionsrecht des Art. 405 bezw. unter Umständen das Pfandrecht des Art. 409.[20]) Einen persönlichen, pfandrechtlich geschützten Anspruch gegen den Empfänger erhält er erst durch dessen Annahme des Guts und des Frachtbriefs.[21])

9. Der Empfänger, welcher eine objektiv nicht begründete Nachnahme bezahlt hat, sowie der Interessent, zu dessen Nachtheil der Frachtführer sein Pfandrecht wegen einer verauslagten nicht begründeten Nachnahme ausgeübt hat, hat eine condictio sine causa gegen den Nachnehmenden.[22])

10. Der Aufleger der Nachnahme kann dieselbe beliebig zurückziehen.[23]) Nur muss er selbstverständlich dem Frachtführer die gemachte Vorlage zurückerstatten; auch hat der letztere trotzdem den Provisionsanspruch.[24])

11. Der Frachtführer kann für die Besorgung der Nachnahme Provision verlangen, falls die Vergütung nicht schon in den Frachtsätzen enthalten ist.

---

[16]) Eger II S. 551, 552.

[17]) Vgl. das von Wehrmann S. 199 Not. 3 cit. U. des A.G. Köln.

[18]) R.O.H.G. v. 9. Septbr. 1871 in Seufferts Arch. XXVI. 296 und in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 594.

[19]) O.Trib. Stuttgart in Seufferts Arch. IV. 140. A.G. Nürnberg Ebend. XXV. 64 und in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 592. A.G. Breslau Ebend. XXI S. 299.

[20]) S. o. § 344 VII 3 c S. 382, 383. — Entw. v. 1874 § 65 Abs. 1.

[21]) O.Trib. Berlin bei Striethorst 76 S. 62. Eger II S. 552, 553 im Widerspruch mit S. 369. — A. M. A.G. Breslau in Goldschmidts Zeitschr. XXI S. 298.

[22]) Hahn Art. 410 § 5 S. 669, 670.

[23]) Arg. Art. 402.

[24]) Vgl. Regl. § 54 Abs. 3 S. 1.

Hat er die Nachnahme vorgelegt, so kann er prinzipiell auch vom Tage der Vorlage an Zinsen in Anrechnung bringen.[25])

III. Das H.G.B. normirt die Nachnahme nicht. Doch trifft es in Art. 410 und Art. 412 die wichtigen Bestimmungen, dass die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Forderungen der Vormänner im Zweifel als Nachnahmen auf dem Gute lasten, dass die befriedigten Nachnahmeforderungen der Vormänner ipso jure auf den zahlenden Nachmann übergehen, und dass der Regress wegen vorgelegter Nachnahmen durch das Aufkommen mit dem Frachtgut bedingt ist.[26]) Einige nähere Normen enthält das Regl. § 54,[27]) die durch die Spezialbestimmungen des Tarifverbands zu diesem Paragraphen ergänzt sind.[28])

1. Das Reglement lässt sämmtliche Nachnahmen zu:

a. Die **Spesennachnahme,** d. h. die Nachnahme derjenigen Spesen, welche bei Aufgabe der Güter zur Bahn auf denselben haften, wie Vorfrachten,[29]) Rollgelder, Provisionen für Kommission und Spedition, Wiegegelder, Verpackungs- und Plombirungskosten u. dgl. Auf Verlangen der Bahn müssen dieselben vom Nachnehmenden spezifizirt werden.[30]) Auf einen bestimmten Betrag ist die Zulässigkeit der Spesennachnahme nicht beschränkt.

b. Die **Nachnahme von baaren Auslagen während des Transports,** als Zoll- und Steuergebühren, Ueberführungskosten, Reparaturkosten an den Gütern u. dgl.[31]) Auch diese Nachnahme ist in unbeschränktem Betrage zulässig.

c. Die **Werthnachnahme.**[32]) Doch werden Werthnachnahmen nur bis zur Höhe von 300 Mark vorgelegt, und nur unter denselben Bedingungen wie Spesennachnahmen, und nur wenn dieselben nach dem Ermessen des expedirenden Beamten durch den Werth des Guts sicher gedeckt sind. Desshalb gibt der Tarifverband auf Güter, welche dem Frankaturzwang unterliegen, keine Vorschüsse. Ausserdem schränkt der Tarifverband die Baarvorlage auf Nachnahmen von weniger wie 150 Mark ein und schliesst sie bei Bahnhofsrestant-Gütern vollständig aus.

2. Bezüglich der **Verpflichtungen der Eisenbahn** in Folge der Nachnahmeauflegung bestimmt das Reglement weiter Nichts, als dass eingegangene Nachnahmen dem Empfangsberechtigten ohne Verzug avisirt und ausgezahlt werden müssen.[33])

---

[25]) Art. 290 Abs. 1, 2.

[26]) S. u. § 349 II, III.

[27]) Missverstanden von Thöl S. 128, 129 u. Eger II S. 367—376. Vgl. über den wirklichen Inhalt desselben Wehrmann S. 198—200.

[28]) Vgl. Uebereink. Art. 24 u. dazu Eger II S. 386—389.

[29]) Im gebrochenen, nicht im direkten Verkehr. Eger II S. 368.

[30]) Regl. § 54 Abs. 1, 3 S. 2.

[31]) Regl. § 54 Abs. 4, § 52 Abs. 1.

[32]) Regl. § 54 Abs. 2. Dasselbe spricht von „Vorschüssen auf den Werth des Guts". Doch ist dieser Ausdruck a potiori zu verstehen. Vorschüsse auf den Werth des Guts sind nicht bloss solche Zahlungen, die sofort bei der Aufgabe, sondern auch solche, die erst später geleistet werden, z. B. nach Ablauf von 3 Wochen nach der Bestimmung des Tarifverbands zu § 54 des Regl. Richtig Wehrmann S. 198 Not. 2. Ungenau Thöl S. 128 u. Eger II S. 370.

[33]) Regl. § 54 Abs. 6.

Nichtbeobachtung dieser Vorschrift zieht die Verzugsfolgen, insbesondere die Verpflichtung zu Verzugszinsen nach sich. Jedoch der Tarifverband[34]) unterscheidet:

a. Alle Nachnahmen, welche 150 Mark und darüber betragen, sowie alle Nachnahmen auf Güter, welche dem Frankaturzwang unterliegen, dessgleichen alle Nachnahmen auf Bahnhofsrestant-Güter werden dem Aufgeber nicht eher ausbezahlt, als bis die Aufgabestation von der Empfangsstation die Anzeige über die erfolgte Ausgleichung der Nachnahme von Seiten des Empfängers erhalten hat.

b. Die Auszahlung der übrigen Nachnahmen im Geltungsbereich des Reglements erfolgt hinsichtlich der Güter, deren Transport auf deutschen Bahnen endet, nach Ablauf von 3 Wochen vom Tag der Expedition an gerechnet. Sie erfolgt jedoch früher, wenn schon früher Anzeige über die erfolgte Zahlung eingegangen ist. Sie erfolgt gar nicht, wenn von der Empfangsstation Einspruch erhoben ist, z. B. wegen Verlust des Gutes oder wegen Nichteintreffens desselben am Bestimmungsort. Für den Verkehr mit ausserdeutschen Bahnen gelten die desfallsigen besondern Bestimmungen.

3. Für jede Nachnahme wird eine **Provision** berechnet und zwar auch dann, wenn die Nachnahme vor der Einkassirung ganz oder theilweise zurückgezogen worden ist. Nur Frachtgelder, welche von einer Bahn auf die andere beim Weitertransport im gebrochenen Verkehre nachgenommen werden, sind provisionsfrei, nicht aber solche, welche beim Weitertransport mittels eines **neuen** vom vorhergehenden Adressaten ausgestellten Frachtbriefs nachgenommen werden.[35]) Die Höhe der Provision wird durch den Tarif der Aufgabestation bezw. der vorschiessenden Eisenbahn bestimmt.[36])

4. Als **Bescheinigung über die Auflegung von Nachnahmen** dient regelmässig der abgestempelte Frachtbrief oder der Aufnahmeschein oder das von der Eisenbahn vollzogene Frachtbriefsduplikat. Jedoch werden auf Verlangen auch besondere Nachnahmescheine[37]) und zwar gebührenfrei ertheilt.[38]) Diese Papiere dienen zur Legitimation für die Empfangnahme der eingegangenen Nachnahmen.

---

[34]) Vgl. Uebereink. Art. 24 Z. 1, 2.

[35]) Vgl. Uebereink. Art. 24 Z. 3 Abs. 1 S. 3 und dazu Eger II S. 372, 388, 389.

[36]) Regl. § 54 Abs. 3, 4 u. dazu Eger II S. 371—373. Vgl. Uebereink. Art. 24 Z. 3 Abs. 3.

[37]) Bei grösseren Versendern in Nachnahme-Gegenbüchern vereinigt.

[38]) Regl. § 54 Abs. 5. — Von den Nachnahmescheinen zu unterscheiden sind die „Nachnahmebegleitscheine", welche die Versandstation dem Frachtbrief beilegt, und welche die Empfangsstation nach Berichtigung der Nachnahmen bezw. nach Ablehnung des Guts oder der Zahlung mit dem bezüglichen Vermerk zurücksendet. Uebereink. Art. 24 Z. 1 Abs. 2, 3, Z. 2 Abs. 2. Vgl. Eger II S. 369, 376, 387, 388.

§ 348.

b. Der Ladeschein.[1])

Während der Dauer des Transports befindet sich das Gut im Gewahrsam des Frachtführers. Dies hat den ökonomischen Nachtheil, dass damit seine weitere Umlaufsfähigkeit thatsächlich aufhört. Allerdings könnte auch während des Transports sowohl der Absender als der Empfänger über das Gut rechtlich disponiren, aber nur in einer für den Erwerber höchst unsicheren und prekären Weise. Denn einerseits behielte der Absender bis zur Ablieferung des Frachtbriefs nach der Ankunft des Frachtführers am Bestimmungsort das Dispositionsrecht über das Gut und damit die obligatorischen Restitutionsansprüche gegenüber dem Frachtführer. Anderseits wären, da der Frachtführer für den Absender besitzt, Innehabung und Besitz des Frachtguts sowie die Erwerbung und die Ausübung der durch Innehabung und Besitz bedingten Rechte und Befugnisse vom Absender und damit von dessen Treue und gutem Willen abhängig, was nach dem modernen Mobiliarrecht namentlich auch für das Eigenthum sehr bedenklich ist. Diese Missstände erzeugten bei länger dauernden Transporten das Bestreben die dinglichen und obligatorischen Rechte des Empfängers bezw. seiner Rechtsnachfolger in Bezug auf das Frachtgut vom Absender bezw. von den Vorgängern des Rechtsnachfolgers unabhängig zu machen. Zur Verwirklichung dieser Bestrebungen musste ein doppeltes Ziel erreicht werden: es musste der Empfänger sowohl in **direkte dingliche** Beziehung zu dem Frachtgut, als auch in **direkte obligatorische** Beziehung zum Frachtführer treten.

Nach Lage der Sache machte sich das Bedürfniss nach Herstellung der Cirkulationsfähigkeit des Gutes während des Transportes am stärksten im Seeverkehre geltend, und so finden wir auch schon ziemlich früh die Verwendung des **Konnossements** zur Befriedigung dieses Bedürfnisses. Bei diesem Institute bildeten sich allmälig die beiden fundamentalen Grundsätze aus: einmal dass der legitimirte Konnossementsinhaber ein **selbständiges**, d. h. von den Verfügungen des Absenders (Befrachters) und von dem zwischen Absender und Schiffer geschlossenen Vertrage unabhängiges Forderungsrecht auf Auslieferung des Frachtguts nach Massgabe des Konnossements haben solle; sodann zweitens dass die Innehabung des Konnossements seitens des legitimirten Destinatärs die nämliche rechtliche Bedeutung haben solle, wie die Innehabung des Frachtguts selbst. Der erste Satz steht in Verbindung mit der Eigenschaft des Konnossements als eines Auslieferungsversprechens an den Destinatär, der zweite im Zusammenhang mit seiner Eigenschaft als Empfangsbekenntniss des Schiffers. Erhöht wurde die Bedeutung des Konnossements als Cirkulationsvehikels des Frachtguts durch die Ausbildung des **Orderkonnossements**, wodurch es dem Konnossementsinhaber ermöglicht wird, seine dinglichen und obligatorischen Rechte am Frachtgut durch Indossament weiter zu übertragen.

---

[1]) Literatur: Goldschmidt I 2 S. 760—768. Fr. Meier, Ueber den Ladeschein des Frachtführers in Löhrs C.O. N. F. IX S. 9—12. Endemann § 158 S. 740—742. Thöl § 42—45 S. 77—85. Eger III S. 1—113, (welcher Schriftsteller in dieser Materie erst während des Drucks und desshalb nicht mehr eingehend benützt werden konnte).

Von prävalirender Bedeutung ist die **dingliche** Funktion des Konnossements. Dieselbe hat der Theorie grosse Schwierigkeiten bereitet, aber nur desshalb, weil man glaubte, dass die im Corpus juris vorliegende Besitzlehre keiner Entwicklung mehr fähig sei, ein Irrthum, der durch die Geschichte des römischen Rechts selbst widerlegt wird. Allerdings ist der Besitz ursprünglich ein natürliches, rein thatsächliches Verhältniss. Allein im Laufe der Kultur- und Rechtsentwickelung wurde er rechtlich normirt und mit rechtlichen Folgen versehen, und von diesem Augenblicke an ist er zugleich ein Rechtsverhältniss geworden.[2]) Ist er aber einmal ein Rechtsverhältniss, das auf natürlicher Basis ruht, so ist es nur ein weiterer Schritt der Entwickelung, dieses Rechtsverhältniss von seiner natürlichen Basis loszulösen und es auch da anzunehmen, wo eine bloss juristische Basis gegeben ist. Und diesen Schritt hat schon das römische Recht selbst in der Besitzesstellvertretung, insbesondere aber beim constitutum possessorium gemacht. In diesem Entwickelungsstadium ist der Besitz nichts als ein Inbegriff von Befugnissen, auf den Körper der Sache einzuwirken. Welches das thatsächliche Verhältniss des Besitzberechtigten zum Besitzobjekt ist, ist gleichgültig, namentlich kommt auf die Unmittelbarkeit dieses Verhältnisses nichts mehr an. Auf diesem Wege ist dann der Handelsverkehr, zunächst der Seeverkehr, welcher mit räumlich entfernten Gegenständen zu thun hat, weitergegangen und hat die Besitzbefugnisse an die Innehabung von Urkunden, in specie von Konnossementen geknüpft, die der Verwahrer der besessenen Gegenstände bezw. der Schiffer ausgestellt hat. Diese juristische Folge aus dem Willen des Schiffers, für den legitimirten Konnossementsinhaber zu detiniren, abzuleiten, wie **Goldschmidt**[3]) thut, ist unhaltbar, weil der Wille des Schiffers nach den Anschauungen sowohl des Verkehrs als auch des Rechts ganz gleichgültig ist, während er nach **Goldschmidts** Auffassung in Fällen, wo er nicht vorhanden ist,[4]) fingirt werden müsste.

Dem Konnossemente ist durch das H.G.B. Art. 413—419 der **Ladeschein** nachgebildet worden. Auch der Ladeschein bezweckt die Cirkulationsfähigkeit des Frachtguts während des Transports herzustellen. Als Mittel dazu dient die Ausschliessung der Verfügungsgewalt des Absenders über das Frachtgut zum Nachtheil des Ladescheinsinhabers. Wenn durch den Ladeschein auch die obligatorische Haftung des Frachtführers verschärft wird, so ist dies doch nicht der eigentliche Zweck des Ladescheins, sondern vielmehr die **Ausschliessung des Absenders.** Der Frachtführer wird nur desshalb dem durch den Ladeschein legitimirten Destinatär selbständig haftbar gemacht, um ihm die thatsächliche Anregung und die rechtliche Möglichkeit zu gewähren, die Anweisungen und Anordnungen des Absenders zurückzuweisen. Darum liegt es nicht innerhalb des Zweckes des Ladescheins, eine formale Skripturobligation zu begründen.

---

[2]) Possessio non tantum corporis, sed et juris est. L. 49 § 1 D. de acqu. vel amm. poss. (41, 2).

[3]) I 2 S. 721, 767, 768.

[4]) Z. B. er besitzt als Pfandgläubiger.

Der Ladeschein als **Verpflichtungsschein,** als Binnenkonnossement, ist ein ganz neues Institut des H.G.B., das erst nach mancherlei Kämpfen und Anfechtungen bei der Nürnberger Konferenz durchgedrungen und in das H.G.B. aufgenommen worden ist.[5]) Da er wesentlich dieselben Zwecke wie das Konnossement verfolgt, und da seine innere Natur mit der des Konnossements übereinstimmt,[6]) so bilden die gesetzlich näher detaillirten und ausführlicher formulirten Konnossementsgrundsätze ein Vorbild für analoge Anwendung.[7]) Dass die Nürnberger Kommission mehrere prinzipielle Konnossementsgrundsätze nicht auch für den Ladeschein aufgestellt hat,[8]) kann nicht als Beweis dafür angeführt werden, dass der Ladeschein vom Konnossement wesentlich verschieden ist und desshalb die Konnossementsgrundsätze keiner analogen Anwendung auf ihn fähig sind; vielmehr hat jene Differenz ihren Grund lediglich darin, dass die Kommission den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht störend vorgreifen und der Beurtheilung des einzelnen Falls nicht hindernd in den Weg treten wollte.[9])

I. **„Der Ladeschein ist eine Urkunde, durch welche der Frachtführer sich zur Aushändigung des Guts verpflichtet.“**[10]) Diese Legaldefinition ist durchaus nicht erschöpfend, sondern hebt nur die charakteristische Eigenschaft des Ladescheins gegenüber dem Frachtbrief hervor.[11]) Der Ladeschein ist also wesentlich ein **Verpflichtungsschein** des Frachtführers. Im Ladeschein ist die Frachtobligation des Frachtführers gegenüber dem Absender zu einer selbständigen Obligation gegenüber dem Adressaten des Ladescheins umgebildet und zwar in der Form, dass das Resultat der Transportausführung zum Leistungsinhalt dieser selbständigen Obligation gemacht ist. Nach der Sitte des Verkehrs enthält aber der Ladeschein dem Muster des Konnossements entsprechend gleichzeitig auch ein **Empfangsbekenntniss,** wodurch der Frachtführer bekennt, gewisse Güter zur Beförderung nach einem bestimmten Orte übernommen zu haben, ist also auch Beweisurkunde.[12])

II. Der **Inhalt** des Ladescheins unterliegt zunächst der Vereinbarung der Parteien. In Ermangelung einer solchen Vereinbarung muss auf Verlangen des

---

[5]) Prot. S. 446—451, 845—849, 1240—1246, 4766—4769. Monit. 476. — Als **Beweisurkunde** über eine geschehene Verladung kommt schon im „Preuss. A. L.R. I 20 § 374 der Ausdruck „**Ladungschein**“ (desshalb nicht ganz genau **Goldschmidt** I 2 S. 760 Not. 81) vor; in gleicher Bedeutung hat sich der Ausdruck „**Ladeschein**“ in der Praxis des Flusstransports und theilweise auch des Eisenbahnverkehrs entwickelt. Vgl. Prot. S. 447, 848, 1243.

[6]) **Thöl** S. 77: „Der Ladeschein ist für den Transport nicht zur See dasselbe, was das Konnossement für den Seetransport ist.“

[7]) **Goldschmidt** S. 764. **Endemann** S. 741 Not. 1. **Eger** I S. 31.

[8]) Vgl. insbes. Art. 649, 653 Abs. 1 „Insbesondere muss u. s. w.“, Art. 654, 655.

[9]) Prot. S. 4773.

[10]) Art. 413 Abs. 2. — Entw. III. Les. Art. 385 Abs. 3. Prot. S. 5104, 5105. — **Eger** III S. 23—28.

[11]) Prot. S. 847. **Hahn** Art. 413 § 4 S. 677.

[12]) **Seufferts** Arch. XV. 49 S. 75.

Absenders der Ladeschein nach dem Vorbilde des Konnossements die folgenden üblichen Angaben enthalten: [13])

1. Die **Bezeichnung der geladenen Güter nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen.**[14])

2. Den **Namen und Wohnort des Frachtführers.**[15])

3. Den **Namen des Absenders.**[16])

4. Den **Namen des Destinatärs.**[17]) Als solcher kann auch der Absender selbst bezeichnet werden; ja sogar der Frachtführer, falls ihn das praktische Bedürfniss als Destinatär erheischen sollte.[18]) Doch kann der Ladeschein auch an **Ordre** gestellt sein.[19]) Ist der Ladeschein lediglich an Ordre gestellt, so ist unter der Ordre die Ordre des Absenders zu verstehen.[20]) Auch an eigene Ordre kann der Ladeschein ausgestellt werden.[21]) Ist der Ladeschein Ordrepapier, so kann er durch Indossament übertragen werden, und es kommen alsdann bezüglich der Form und der Wirkungen des Indossaments die Art. 303 und 305 zur Anwendung. Darum ist insbesondere auch die Indossirung durch Blankogiro zulässig.[22]) Doch kann ein an Ordre gestellter Ladeschein auch cedirt werden, selbstverständlich mit anderen Wirkungen.[23]) Auch einem Pfand- und Prokuraindossament steht Nichts im Wege. Dagegen kann ein auf Namen lautender Ladeschein nur cedirt, nicht indossirt werden, wenn nicht nach Landesgesetzen der Ladeschein schlechtweg Ordrepapier ist; anderenfalls hat das Indossament nur die Kraft einer Cession.

---

[13]) Art. 414 Abs. 1, 2.— Entw. I. Les. Art. 349. Entw. II. Les. Art. 386 Abs. 1, 2. — Prot. S. 845—849, 1241, 1242, 1332, 4569, 4769—4771, 5105. Monit. 476 Z. 2, 478. — Eger III S. 29—50. — Art. 414 sagt: „Der Ladeschein e n t h ä l t“ u. s. w., ähnl. wie Art. 392, 645 u. 684. Ueber dieses „enthält“ vgl. H a h n Art. 392 § 1 S. 582, 583, Prot. S. 4770.

[14]) Art. 414 Abs. 1 Z. 1; vgl. Art. 645 Z. 7, Art. 392 Z. 1.

[15]) Art. 414 Abs. 1 Z. 2; vgl. Art. 645 Z. 1, Art. 392 Z. 2.

[16]) Art. 414 Abs. 1 Z. 3; vgl. Art. 645 Z. 3, Art. 392 Z. 3.

[17]) Art. 414 Abs. 1 Z. 4; vgl. Art. 645 Z. 4, Art. 392 Z. 4.

[18]) Arg. Art. 646 Abs. 2.

[19]) Vgl. Art. 646 Abs. 1. — Dass nicht gerade die Worte „an Ordre“ nothwendig sind, sondern ein gleichbedeutender Ausdruck genügt, s. R.O.H.G. XXI 30 S. 80—84.

[20]) Art. 414 Abs. 1 Z. 4 S. 2; vgl. Art. 646 Abs. 1 S. 2. — R.O.H.G. XXV 80 S. 341.

[21]) Bestritten von H a h n Art. 302 § 2 S. 135. Dass ein derartiger Ladeschein nach der Indossirung rechtliche Bedeutung hat, gibt auch H a h n Art. 301 § 6 a. E. S. 130 zu, und muss zugegeben werden, da ja der Ladeschein keine formelle Urkunde ist. Aus diesem Grunde ist aber ein solcher Ladeschein auch schon v o r der Indossirung g ü l t i g, da für den Begriff des Ladescheins nur wesentlich ist, dass darin der Frachtführer sich zur Aushändigung des Gutes verpflichtet, während es ganz gleichgültig ist, in welcher Weise der Berechtigte individualisirt wird. Desshalb kann auch ein solcher an eigene Ordre gestellter Ladeschein i n b l a n c o indossirt, sowie nach seiner ersten vollen Indossirung weiter indossirt werden, o h n e d a s s d e m e r s t e n V o l l i n d o s s a m e n t d i e O r d r e k l a u s e l b e i g e f ü g t w e r d e n m ü s s t e. Dass der Ladeschein an eigene Ordre vor seiner Indossirung Mangels eines vom Verpflichteten verschiedenen Berechtigten keine p r a k t i s c h e B e d e u t u n g hat, ist für seine G ü l t i g k e i t irrelevant. Vgl. auch Prot. S. 1329. A n s c h ü t z Art. 301 S. 116 Not. 7.

[22]) Art. 417, 305 Abs. 1 verb. mit W.O. Art. 12.

[23]) R.O.H.G. XXV 80 S. 340, 341.

Inhaber- und **Blankoladescheine** kommen nicht vor. Doch sind dieselben durch das H.G.B. nicht ausgeschlossen, da die Formvorschriften des Art. 414 Abs. 1 nicht absoluter Natur sind.[24])

Nothadressen, d. h. Bestimmungen einer dritten Person, an welche der Frachtführer gegen Befriedigung seiner Ansprüche das Frachtgut abgeben darf, wenn der Destinatär nicht im Besitz des Ladescheins ist, oder der legitimirte Inhaber des Ladescheins sich nicht rechtzeitig beim Frachtführer meldet, sind ebenfalls zulässig.[25]) Davon verschieden sind die bei Ladescheinen an Ordre vorkommenden **Meldeadressen,** d. h. Adressen auf die Bestimmungsorte, wo der Frachtführer die über das Gut durch Indossament getroffene Verfügung und damit die Person des Indossatars in Erfahrung bringen kann.

5. Den **Ort der Ablieferung.**[26])

6. Die **Bestimmung in Ansehung der Fracht,** d. h. nicht bloss die Angabe über die Höhe und Berechnung derselben, sondern auch über die Person des Leistungspflichtigen (ob ganz oder theilweise franko u. dgl.).[27])

7. Den **Ort und Tag der Ausstellung.**[28])

8. Die **Unterzeichnung durch den Frachtführer** oder dessen legitimirten Vertreter.[29]) Diese Unterzeichnung ist ein absolutes Erforderniss, ohne welches der Ladeschein als solcher nicht zu Recht besteht.[30]) Doch kann sie durch eine **Unterkreuzung** ersetzt werden.[31]) Von wem die **Abfassung** des Ladescheins herrührt, ob vom Frachtführer oder vom Ablader, ist bedeutungslos.[32])

In all diesen Angaben liegt jedoch nicht das Wesentliche des Ladescheins, sondern allein in der **urkundlichen Verpflichtung zur Aushändigung des Guts.** Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen:

1. Es können alle diese Angaben in einer Urkunde vorhanden sein, und doch ist kein Ladeschein da. Dies ist z. B. der Fall mit dem Frachtbrief, der dem Art. 392 entspricht.

2. Es kann die eine oder andere dieser Angaben fehlen, und doch ist ein Ladeschein da. Welche Bestandtheile im Einzelfall fehlen können, ohne dass dadurch einer Urkunde der Charakter als Ladeschein entzogen wird, unterliegt der konkreten richterlichen Beurtheilung.[33]) Nur muss unter allen Umständen

---

[24]) Vgl. auch Goldschmidt I 2 S. 675 Not. 28 u. Text.

[25]) Ein Antrag, dieselben obligatorisch zu machen, wurde abgelehnt. Prot. S. 1242. 1249, 1250.

[26]) Art. 414 Abs. 1 Z. 5; vgl. Art. 645 Z. 6, Art. 392 Z. 5.

[27]) Art. 414 Abs. 1 Z. 6; vgl. Art. 645 Z. 8, Art. 392 Z. 6. Prot. S. 4770, 4771.

[28]) Art. 414 Abs. 1 Z. 7; vgl. Art. 645 Z. 9, Art. 392 Z. 7.

[29]) Art. 414 Abs. 2. R.O.H.G. XVII 24 S. 96—102 (Steuermann).

[30]) Für das Konnossement besteht eine solche Vorschrift nicht.

[31]) Vgl. Prot. S. 849. Gerichtliche oder notarielle Beglaubigung ist nicht nothwendig (anders W.O. Art. 94), aber zweckmässig wegen der Beweisvortheile der C.P.O. § 381, 405 Abs. 2.

[32]) R.O.H.G. VIII 101 S. 417.

[33]) Prot. S. 4770. — R.O.H.G. XVII 24 S. 97, 98. Vgl. auch Preuss. Entw. Motive zu Art. 484 S. 264, 265; Prot. S. 2202—2204.

die Unterzeichnung des Frachtführers bezw. seines legitimirten Vertreters gegeben sein, sonst liegt zwar ein Ladeschein, aber ein ungültiger vor. Einerlei ist es, ob die Urkunde sich als Ladeschein bezeichnet oder ob sie unter einem anderen Namen läuft, z. B. als Konnossement[34]) oder als ein vom Frachtführer unterschriebenes Frachtbriefduplikat. Auf der anderen Seite genügt aber auch die Bezeichnung einer Urkunde als Ladeschein für das Vorhandensein eines solchen nicht, falls sich nicht der Aussteller durch eine entsprechende Klausel zur Aushändigung des Gutes verpflichtet. Die Verpflichtungsklausel ist **wesentlich.**[35]) Ob eine solche vorliegt, ist quaestio facti; expressis verbis braucht sie nicht ausgedrückt zu sein. Es genügt, wenn der Frachtführer erklärt, dass nur gegen Rückgabe der Urkunde oder nur nach Massgabe derselben die Auslieferung des Guts erfolgen soll.[36]) Das übliche Empfangsbekenntniss ist dagegen unwesentlich.

Der Absender hat dem Frachtführer auf dessen Verlangen eine von ihm unterzeichnete gleichlautende Kopie des Ladescheins auszuhändigen.[37]) Dieselbe liefert dem Frachtführer ein Beweismittel gegenüber dem Absender und Empfänger und dient zu den verschiedensten praktischen Zwecken.[38]) Doch kommen Kopieen auch zum Besten des Absenders vor, und dann müssen dieselben gleichfalls vom Frachtführer oder dessen Vertreter unterzeichnet sein. Namentlich kommen solche Kopieen dann vor, wenn kein Frachtbrief ausgestellt ist. Die Frage, ob der Absender ein Recht auf diese Kopieen hat, ist zu bejahen, da dieselben die rechtliche Stellung des Frachtführers nicht erschweren und nur Beweisbedeutung haben.

Duplikate sind nicht sehr üblich, kommen aber vor,[39]) und dann sind sie nach Analogie der Konnossementsduplikate zu beurtheilen.[40])

III. Die Ausstellung eines Ladescheins ist für den Frachtführer **fakultativ,**

---

[34]) Wie dies vielfach beim Flusstransport vorkommt. R.O.H.G. XX 63 S. 231 ff.

[35]) Vgl. auch Prot. S. 847, 849, 4770: „Das wesentlichste Moment . . ., dass nämlich der Ladeschein die Erklärung des Frachtführers enthalten müsse, er verpflichte sich dem Destinatär zur Auslieferung des Gutes.“ A. M. Goldschmidt S. 762 Not. 88.

[36]) Goldschmidt S. 762. Eger I S. 112. — Ein solcher Ladeschein ist der in Löhrs C.O. N. F. V S. 85, 86 beurtheilte Frachtbrief. — Kein Ladeschein ist das von der Eisenbahn vollzogene Frachtbriefduplikat. Regl. § 50 Z. 5 Abs. 2.

[37]) Art. 414 Abs. 3. — Entw. II. Les. Art. 386 Abs. 3. — Prot. S. 1241, 1242, 1247, 1250. Vgl. Art. 644 Abs. 3. — Eger III S. 50—52.

[38]) In Ermangelung des Frachtbriefs ersetzt sie denselben und dient dem Frachtführer bei Abwickelung der Zollangelegenheiten, sowie zum Nachweis seiner Frachtansprüche, insbesondere auch bei Deposition des Guts. Sie schützt ihn gegen das Verlangen des Absenders, ohne Rückgabe des Originals das Frachtgut zurückzugeben oder an einen anderen als den darin bezeichneten Destinatär auszuliefern, sowie gegen die ohne Rückgabe des Originals geltend gemachten Ansprüche des Empfängers aus Art. 405. Sie liefert dem Frachtführer den Nachweis, dass er an die Nothadresse abliefern darf u. s. w. Prot. S. 1242 u. 1250.

[39]) R.O.H.G. VIII 101 S. 411 (3 Exemplare). Die Nürnb. Kommission überliess deren Einführung, Ausbildung und Beurtheilung der Praxis. Prot. S. 1246, 1247, 4775.

[40]) Vgl. Art. 647, 648, 650—652, 661, 662. Goldschmidt S. 762.

d. h. der Frachtführer ist dazu nicht schon aus dem Frachtvertrag, sondern nur aus einem besonderen dem Absender gegebenen Versprechen verpflichtet.[41]) Allein auch in diesem Falle braucht der Frachtführer den Ladeschein erst nach der Empfangnahme des Guts auszustellen.[42])

Ladescheine kommen hauptsächlich bei der Binnenschifffahrt vor. Dagegen lehnen die deutschen Eisenbahnverwaltungen deren Ausstellung wegen der daraus hervorgehenden strengeren Verhaftung ab.[43])

Durch die Ausstellung eines Ladescheins wird die Ausstellung eines Frachtbriefs nicht ausgeschlossen.[44])

IV. Der Ladeschein **entscheidet** für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Guts. Für die Rechtsverhältnisse zwischen Frachtführer und Absender bleiben die Bestimmungen des Frachtvertrags massgebend.[45]) Doch hat der Ladeschein auch für den Absender, sowie umgekehrt der Frachtbrief auch für den Empfänger Bedeutung.

1. Dem Empfänger gegenüber ist der Frachtbrief von Bedeutung:

a. Wenn im Ladeschein ausdrücklich auf den Frachtbrief Bezug genommen ist, sei es generell auf den Frachtbrief überhaupt („laut Frachtbrief"), sei es speziell auf einzelne Bestimmungen desselben, z. B. auf die Fracht („Fracht laut Frachtbrief"). Alsdann bildet der Frachtbrief bezw. der in Bezug genommene Theil desselben einen Theil des Inhaltes des Ladescheins.[46])

b. Insofern die aus dem Frachtvertrag hervorgehenden Rechtsverhältnisse zwischen Frachtführer und Empfänger nicht durch die gesetzlichen Bestimmungen über den Ladeschein alterirt sind.[47]) Dies ist insbesondere der Fall bezüglich der frachtbriefmässigen Rechte und Verpflichtungen aus Art. 401 Abs. 2, Art. 406, 410 Abs. 1.

---

[41]) Art. 413 Abs. 1. — So nach langen Debatten. Vgl. Preuss. Entw. Art. 319. Entw. I. Les. Art. 348 Abs. 1. Entw. II. Les. Art. 385 Abs. 1, 2. — Prot. S. 1241—1245, 1443, 1444, 4699, 4768, 4769, 5104. Monit. 477. — Eger III S. 1—23. — Die Ausstellung des Konnossements ist obligatorisch. Art. 644 Abs. 1.

[42]) Vgl. auch Art. 644 Abs. 1: „Nach Beendigung jeder einzelnen Abladung." Ein vorläufiger Empfangsschein, wie im Seeverkehr, scheint nicht üblich zu sein.

[43]) Das Nordd. Betr. Regl. von 1870 B. § 5 Z. 6 that dies noch expressis verbis: „Die Ausstellung von Ladescheinen findet nicht statt." Dieser Passus wurde im Reglement von 1874 § 50 Z. 9 durch den andern ersetzt: „Die Ausstellung anderer Erklärungen und Urkunden, als die des Frachtbriefs, darf nicht gefordert werden, sofern nicht das H.G.B. oder dieses Reglement eine Ausnahme gestattet." Obschon hiernach die Eisenbahnen durch besondere Beredungen oder durch ihre Reglements die Ausstellung von Ladescheinen mit dem Absender vereinbaren dürfen, so sind dieselben trotzdem im deutschen Eisenbahnverkehr ganz ausser Gebrauch. — Entw. v. 1874 § 37. — Vgl. Eger I S. 112, 113, III S. 17, 18.

[44]) Vgl. Entw. I. Les. Art. 349 Abs. 4. Prot. S. 1247—1249.

[45]) Art. 415. — Entw. I. Les. Art. 350. Entw. II. Les. Art. 387. — Prot. S. 1242, 1247, 4771—4774, 5105. Vgl. Art. 653. — Eger III S. 53—72.

[46]) Art. 415 Abs. 1; vgl. Art. 653 Abs. 1. — R.O.H.G. XVII 20 S. 74—77. Hahn Art. 415 § 1 S. 681.

[47]) Art. 419. — Entw. I. Les. Art. 356. Entw. II. Les. Art. 392. — Prot. S. 850, 862, 1249, 4775, 5105. Monit. 482. — Eger III S. 107—113.

2. Dem Absender gegenüber ist der Ladeschein von Bedeutung:

a. Insofern der Absender als solcher, d. h. wenn er nicht gleichzeitig Inhaber des Ladescheins ist, in Folge der Ausstellung des Ladescheins die Disposition über das Frachtgut verliert. Denn da der Frachtführer durch den Ladeschein verpflichtet ist, das Gut an den legitimirten Inhaber desselben herauszugeben, so braucht er den späteren Anweisungen des Absenders wegen Zurückgabe oder wegen Auslieferung des Guts an einen anderen als den durch den Ladeschein legitimirten Empfänger nur dann Folge zu leisten, wenn ihm der Ladeschein zurückgegeben wird.[48])

b. Insofern der Ladeschein die Stelle des Frachtbriefes ganz oder theilweise vertreten kann. Zwar ist der Ladeschein niemals eine Urkunde über den Frachtkontrakt, so wenig wie das Konnossement,[49]) allein wenn gar kein Frachtbrief ausgestellt worden ist, so ist anzunehmen, dass die Ladescheinsbedingungen auch die Frachtbedingungen sind, und wenn der Ladeschein von dem Frachtbrief abweicht, so kann es möglicherweise in der Absicht der Parteien liegen, dass sie in so weit den Frachtvertrag haben modifiziren wollen. Eine Präsumtion dafür besteht jedoch nicht.[50]) In so weit ist der Ladeschein also auch ein Beweismittel über den Frachtvertrag zwischen Absender und Frachtführer.[51])

V. Die **juristische Bedeutung** des Ladescheins ist eine doppelte, eine dingliche und eine obligatorische.

1. Die **dingliche** Bedeutung des Ladescheins besteht darin, dass er ein Dispositionspapier ist. Wer den Ladeschein in gerechtfertigter Weise inne hat, der hat die Verfügungsgewalt über das Gut.[52]) Diese Auffassung entspricht entschieden der Absicht der Nürnberger Kommission; dieselbe wollte im Ladeschein ein dem Konnossement ähnliches negoziables Papier für den Binnenverkehr schaffen. Der Zweck des Ladescheins ist daher, dem legitimirten Inhaber die Disposition über den Werth des Frachtguts während der Dauer des Transports zu verschaffen, damit dieser Werth während dieser Zeit nicht gebunden ist. Der Ladescheinsinhaber kann aber nur dann in sicherer Weise über den Werth verfügen, wenn er über das Gut selber verfügen kann und zwar unmittelbar dinglich, nicht etwa bloss obligatorisch, da die Obligation bloss die Person des Verpflichteten, nicht aber das Gut ergreift. Desshalb kann die Absicht des Gesetzgebers nur dadurch erreicht werden, dass man der Innehabung des Ladescheins dingliche Wirkung für das Gut selbst zuschreibt. Dies ist aber juristisch nur dadurch möglich, dass man der Innehabung des Ladescheins die nämliche rechtliche Bedeutung beilegt, wie der Innehabung der betreffenden Waaren selbst. Der Besitzwechsel des Ladescheins steht alsdann

---

[48]) Art. 416.

[49]) Vgl. Goldschmidt I 2 S. 677 Not. 32 u. Text.

[50]) Hahn Art. 415 § 2 S. 681, 682. Vgl. auch R.O.H.G. XVII 20 S. 73 (Konnossement u. Chartepartie). A. M. Goldschmidt I 2 S. 678 Not. 35 u. Text.

[51]) Vgl. Goldschmidt I 2 S. 679.

[52]) Prot. S. 1244, 1245, 2203, 2208, 4769, 4770.

rechtlich gleich dem Besitzwechsel der Waaren. Der Besitzerwerber des Ladescheins erwirbt daher bald blosse Detention, bald juristischen Besitz, bald Usucapionsbesitz, bald Eigenthum, bald Pfandrecht an dem Gute, je nach dem der Ladescheinsübertragung zu Grunde liegenden Geschäfte (causa). Demzufolge ist **die dingliche Bedeutung des Ladescheins massgebend für die Beziehungen der successiven Ladescheinsinhaber**, während **seine obligatorische Bedeutung massgebend ist für die Beziehungen des Ladescheinsinhabers gegenüber dem Frachtführer.** Für die Negoziabilität des Ladescheins ist also seine dingliche Bedeutung prävalirend, seine obligatorische nur adminikulirend. Die dingliche Funktion ermöglicht den **Erwerb**, dagegen die obligatorische verschafft nur Sicherheit bezüglich des **Was** des Erwerbs. Allerdings wurde ein dem Art. 649 entsprechender allgemeiner Satz für den Ladeschein nicht in das H.G.B. aufgenommen, sondern nur in zwei einzelnen Fällen die Innehabung des Ladescheins der Innehabung der Waare selbst ausdrücklich gleichgestellt.[53]) Allein dieser Satz ergibt sich aus der Natur und dem Zweck des Ladescheins von selber.[54])

2. Die **obligatorische** Bedeutung des Ladescheins liegt darin, dass er die Frachtobligation des Frachtführers dem legitimirten Inhaber gegenüber zu einer selbständigen und direkten und vom Frachtvertrage, soweit derselbe keinen Bestandtheil des Ladescheins selbst bildet, unabhängigen macht. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Ladeschein einen formalen Verpflichtungsgrund bildet, und dass die Rechtsgrundsätze vom Frachtvertrag dem Inhaber des Ladescheins gegenüber keine Anwendung finden, sondern nur, dass die aus dem Frachtvertrag entstandenen rechtlichen Beziehungen nicht im Widerspruch mit dem Ladeschein geltend gemacht werden dürfen, weder vom Absender noch vom Frachtführer.[55]) Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a. Wenn der Frachtführer einen Ladeschein ausgestellt hat, so **darf er den**

---

[53]) Nämlich beim kaufmännischen Retentionsrecht und beim gesetzlichen Pfandrecht des Kommissionärs und Spediteurs. Art. 313 Abs. 1, Art. 374 Abs. 1, Art. 382 Abs. 1.

[54]) Aehnlich auch Goldschmidt S. 767 u. 768 und ihm folgend R.G. V 19 S. 79, 80. Gad I S. 211. Hahn Art. 415 S. 682 Not. 3. Brunner, Dieses Handb. II S. 148, 149, 151 „Traditionspapier". Für blosse obligatorische Bedeutung des Ladescheins Gareis § 50 S. 250, 251. — Der Preuss. Entw. Art. 230 Abs. 2 sagte: „Die Uebergabe des indossirten Konnossements oder Duplikats des Frachtbriefs oder Ladescheins an den Indossatar steht der Uebergabe der Waare gleich;" der Entw. I. Les. Art. 351: „Die Uebergabe des Ladescheins steht der Uebergabe der Ladung gleich;" der Entw. II. Les. Art. 388: „Die Uebergabe des Ladescheins steht der Uebergabe des Guts gleich." Für diesen Artikel wurde bei der II. Les. des Seerechts folgende Fassung angenommen: „Die Uebergabe des an Ordre lautenden Ladescheins an denjenigen, welcher durch denselben zur Empfangnahme legitimirt wird, hat, sobald die Güter wirklich verladen sind, für den Erwerb der von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen, wie die Uebergabe der Güter." Auf den Antrag Hamburgs, das den Artikel mit dem Recht des stoppage in transitu für unvereinbar hielt, wurde jedoch der Art. mit 7 gegen 6 Stimmen gestrichen. Prot. 446—451, 853, 1247, 2218—2229, 4131, 4774, 4775. Monit 479. Daraus folgt nur, dass über die dingliche Funktion des Ladescheins nichts in das H.G.B. aufgenommen werden sollte.

[55]) Goldschmidt S. 763 Not. 92. A. M. Endemann S. 741 insbes. Not. 6. („Frachtgutswechsel").

späteren Anweisungen des Absenders wegen Zurückgabe oder Auslieferung des Guts an einen andern als den durch den Ladeschein legitimirten Empfänger nur dann Folge leisten, wenn ihm der Ladeschein bezw. sämmtliche Duplikate zurückgegeben werden. Handelt er dieser Bestimmung entgegen, so muss er dem rechtmässigen Inhaber des Ladescheins für das Gut aufkommen.[56]) Hieraus folgt, dass der Frachtführer einem solchen Ansinnen des Absenders nicht Folge zu leisten braucht; und hieraus folgt weiter, dass der Absender als solcher dem Frachtführer gegenüber das Dispositionsrecht über das Gut verliert, soweit seine Verfügung mit den Rechten des Ladescheinsinhabers unverträglich ist. Ob er es auch dem Empfänger gegenüber verliert, hängt von seinen Beziehungen zu demselben ab; insbesondere wird sein etwa begründetes Verfolgungsrecht (stoppage in transitu) durch Ausstellung des Ladescheins nicht alterirt.[57]) Lautet jedoch der Ladeschein auf den Namen einer bestimmten Person, so kann der Absender die Zurückgabe oder die Auslieferung des Guts an einen anderen als den legitimirten Empfänger dann verlangen, wenn der letztere zustimmt, und der Absender nöthigenfalls Defensionskaution stellt.[58])

b. **Der Frachtführer darf das Gut nur an den legitimirten Destinatär des Ladescheins abliefern.**[59]) Jedoch ist der legitimirte Destinatär nicht blosse Empfangsperson (solutionis caussa adjectus), sondern er ist forderungsberechtigter Gläubiger.[60]) Legitimirt ist, wenn der Ladeschein ein **Namenpapier** ist, die bestimmte im Ladeschein als Empfänger bezeichnete Person oder deren Bevollmächtigter bezw. Cessionar.[61]) Lautet der Ladeschein **an Ordre**, so ist legitimirt der benannte Adressat bezw. nach geschehener Indossirung der Indossatar nach den in Art. 36 der W.O. aufgestellten Legitimationsgrundsätzen,[62]) bezw. nach geschehener Cession der Cessionar.[63]) Wäre der Ladeschein auf den **Inhaber** oder **in blanco** ausgestellt, so wäre jeder Inhaber desselben legitimirt. Ist der Ladeschein **in mehreren Duplikaten** ausgestellt, so darf und muss der Frachtführer das Gut dem legitimirten Inhaber auch nur Eines Exemplars aushändigen.[64]) Melden sich **gleichzeitig**, d. h. vor wirklich

---

[56]) Art. 416. — Preuss. Entw. Art. 320. Entw. I. Les. Art. 352. Entw. II. Les. Art. 389. — Prot. S. 850, 851, 1248, 4775, 5105. Monit. 480. Vgl. Art. 661 Abs. 1. — Eger III S. 73—86.

[57]) Vgl. Hahn zu Art. 416.

[58]) Arg. Art. 661 Abs. 4; l. 1 § 37 D. depositi (16, 3); l. 8 § 3 D. de leg. II. — Durch diese Zustimmung des Destinatärs erwächst dem Frachtführer eine Einrede gegen jeden Rechtsnachfolger des Destinatärs, sei er Cessionar sei er Pfandgläubiger, da jeder derselben nur aus dem obligatorischen Rechte des Destinatärs gegen den Frachtführer klagen kann. Thöl S. 84.

[59]) Art. 417. — Preuss. Entw. Art. 323. Entw. I. Les. Art. 354. Entw. II. Les. Art. 390. — Prot. S. 853, 1249, 2238, 4775, 5105. Monit. 481. Vgl. Art. 647 Abs. 2. — Eger III S. 87—94.

[60]) Thöl S. 81. 82.

[61]) R.O.H.G. XXV 80 S. 340, 341.

[62]) Art. 417, 303 Abs. 1, Art. 305 Abs. 1. Vgl. Art. 647 Abs. 2.

[63]) R.O.H.G. a. a. O. S. 341.

[64]) Arg. Art. 647 Abs. 1. Vgl. Preuss. Entw. Art. 322 Abs. 1 u. Motive dazu.

beendigter Auslieferung, mehrere legitimirte Ladescheinsinhaber, so muss er das Gut, soweit es noch nicht abgeliefert ist, gerichtlich oder in einer andern sichern Weise deponiren.[65]) Die verschiedenen Ladescheinsinhaber müssen alsdann den Prioritätsstreit unter sich austragen. Ist der Ladeschein in einem **Original** und daneben in einer oder mehreren **Kopieen** ausgestellt, so ist nur der legitimirte Inhaber des Originals empfangs- und forderungsberechtigt.

Fraglich ist, ob der Frachtführer **vor der Ankunft am Bestimmungsort** dem legitimirten Ladescheinsinhaber das Frachtgut abliefern darf? Jedenfalls dem Absender. wenn derselbe den Ladeschein bezw. die sämmtlichen Duplikate inne hat.[66]) In gleicher Weise auch dem Empfänger, falls derselbe den Ladeschein bezw. sämmtliche Duplikate besitzt und der Absender einverstanden ist;[67]) dagegen nicht ohne des letzteren Einverständniss. Denn wenn auch in Folge Ausstellung des Ladescheins der Absender als solcher die Verfügung über das Gut gegenüber dem Frachtführer verloren hat, so ist damit doch nicht der Empfänger Herr des Transports geworden. Aus seinem Ladeschein geht bloss der Anspruch auf Aushändigung des Guts **am Bestimmungsort** hervor.[68]) und die Schutzbedürftigkeit des Absenders gegen nachtheilige Schwindeleien verlangt es, dass er, wenn auch nicht mehr positiv, so doch noch negativ, z. B. durch Offenhaltung des Verfolgungsrechts oder der Arrestlegung, auf den Verlauf des Transports einwirken kann.[69])

Enthält der Ladeschein eine **Nothadresse**, so kann der Frachtführer an den Nothadressaten abliefern, falls der im Ladeschein bezeichnete Destinatär nicht im Besitz des Ladescheins ist, oder falls sich der legitimirte Besitzer nicht rechtzeitig, d. h. vor Ablieferung des Guts an den Nothadressaten, beim Frachtführer meldet. Doch ist der Nothadressat nur ein solutionis causa adjectus,

---

[65]) Art. 407 verb. mit arg. Art. 648, 690. Vgl. auch Preuss. Entw. Art. 322 Abs. 2 u. Motive. Prot. S. 853 u. 2236.

[66]) Art. 402 verb. mit Art. 416 u. arg. Art. 661 Abs. 1.

[67]) Art. 404 a. E.

[68]) Art. 414 Abs. 1 Z. 5, Art. 419.

[69]) So auch Goldschmidt S. 765 Not. 94 Nr. 3. A. M. Gad I S. 301 für den Fall, dass nur Ein Exemplar ausgestellt ist. — Der Preuss. Entw. Art. 322 Abs. 1 lautete: „Der Frachtführer ist verpflichtet, am Bestimmungsort dem durch den Frachtbrief bezeichneten Empfänger, oder wenn er Duplikate des Frachtbriefs ausgestellt hat, dem durch ein Duplikat legitimirten Empfänger das Frachtgut auszuhändigen.“ Der Entw. I. Les. Art. 353 Abs. 1 sagte: „Der Frachtführer ist verpflichtet, am Bestimmungsort dem durch ein Exemplar des Ladescheins legitimirten Empfänger die Ladung auszuhändigen.“ Bei der II. Les. wurde über die Streichung der Worte „am Bestimmungsort“ für und wider debattirt und schliesslich der ganze Art. 353 gestrichen, „weil derselbe ursprünglich bloss für den Fall der Konkurrenz von Inhabern der Duplikate des Ladescheins berechnet gewesen sei“, über welche Duplikate aber nichts im Gesetz bestimmt werden sollte. Prot. S. 1248, 1249. — Art. 661 Abs. 2 hat bezüglich des Ordrekonnossements eine entgegengesetzte Bestimmung. Allein einmal ist bei Namenkonnossementen nach Art. 661 Abs. 4 die Zustimmung des Absenders zur erfrühten Auslieferung nothwendig, und sodann sind die Verhältnisse des Seetransports andere wie die des Binnentransports.

an den der Frachtführer abliefern darf, aber nicht muss.[70]) Darum stehen dem Frachtführer trotz des Nothadressaten immerhin die Befugnisse des Art. 407 zu.

c. Der Frachtführer kann dem legitimirten Ladescheinsinhaber **keine Einreden** aus den dem Abschluss des Frachtvertrags zu Grunde liegenden Verhältnissen und aus den mit dem Absender getroffenen Vereinbarungen entgegensetzen, **soweit der Ladeschein nicht darauf Bezug nimmt.**[71]) Daraus folgt aber nicht, dass die Ladescheinsobligation zur abstrakten Skripturobligation wird, für deren Inhalt und Umfang lediglich die Skriptur entscheidend wäre. Zwar ist der Frachtführer dem Ladescheinsinhaber als solchem zur Aushändigung des Guts nicht verpflichtet, **ohne** dass er den Ladeschein ausgestellt hat, aber er ist ihm dazu auch nicht verpflichtet, **weil** er den Ladeschein ausgestellt hat, sondern weil er **das Frachtgut empfangen** hat. Die causa seiner Obligation liegt nicht in der Form des Versprechens, sondern in dem Empfang der Waaren. Er verspricht immer nur **empfangenes** Frachtgut auszuhändigen, nicht Frachtgut von der im Frachtbrief bestimmten Quantität und Qualität schlechthin. Er hat nicht tantundem ejusdem generis, sondern das idem des Empfangenen zu restituiren; seine Obligation ist keine **Lieferungs-**, sondern eine **Ablieferungsobligation.** Er ist desshalb frei, wenn er abliefert, was er erhalten hat.[72]) Und wenn er mitunter auch für Nichtempfangenes verantwortlich gemacht wird, so geschieht dies nicht, weil er dasselbe dem Destinatär versprochen, sondern weil er dasselbe dem Destinatär gegenüber **empfangen zu haben bekannt** und in Folge davon in diesem ein Vertrauen erweckt hat, welches er schuldhafter Weise täuschte.[73]) Darum ist ihm auch der Unschuldsbeweis nachgelassen, was undenkbar sein würde, wenn das Versprechen der Verpflichtungsgrund wäre. In Ansehung der Richtigkeit des Empfangsbekenntnisses haftet er für omnis culpa und diligentia. Desshalb hat er den Inhalt desselben gegenüber dem Ladescheinsinhaber zu vertreten, obschon er

α. **Nichts** oder **weniger** empfangen hat, oder obschon er

β. etwas ganz **Anderes** empfangen hat, d. h. etwas generisch oder spezifisch Verschiedenes, als er empfangen zu haben bekennt, oder obschon er

γ. in **schlechterer Beschaffenheit** empfangen hat als das Empfangsbekenntniss ausweist, falls er nicht den Beweis erbringt, dass er bei Abgabe desselben bezw. bei Ausstellung des Ladescheins die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewandt habe. Dieser Diligenz kann er unter Umständen durch die Aufnahme einer Klausel (nach Art der im Konnossementsverkehr vorkommenden) in den Ladeschein Genüge thun, wodurch vorgebeugt werden soll, dass nicht beim Destinatär ein ungerechtfertigtes Vertrauen erregt wird, z. B. durch

---

[70]) L. 141 § 7 D. de V.O. (45, 1); l. 98 § 4, 6 D. de sol. (46, 3).

[71]) R.O.H.G. VIII 101 S. 411—418 „Verweisung auf Proben".

[72]) Der Antrag, einen dem Art. 653 Abs. 1 „insbesondere muss die Ablieferung der Güter an den Empfänger nach Inhalt des Konnossements erfolgen" entsprechenden Passus für den Ladeschein zu statuiren, wurde abgelehnt. Prot. S. 4771—4774.

[73]) R.G. V 19 S. 80—82. O.A.G. München in Seufferts Arch. XV. 49 S. 75, 77. Hahn Art. 415 § 3 S. 682, 683. Vgl. auch Prot. S. 2271.

Aufnahme der Klauseln: „Zahl, Mass, Gewicht unbekannt", „Inhalt unbekannt", „frei von Bruch", „frei von Beschädigung" u. dgl.[74]) Ist eine derartige Klausel beigefügt, so muss der Destinatär beweisen, dass der Frachtführer dem Inhalt des Ladescheins entsprechend wirklich empfangen habe. oder dass derselbe bei gehöriger Diligenz hätte wahrnehmen müssen, dass er nicht dem Inhalt des Ladescheins entsprechend empfangen habe. Ohne eine solche Klausel muss dagegen der Frachtführer den Beweis erbringen, dass das Abgelieferte mit dem Empfangenen identisch, und dass ihm trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers die Nichtübereinstimmung des Letzteren mit dem Ladeschein entgangen ist. Bei der Prüfung der Schuld oder Unschuld des Frachtführers sind die konkreten Umstände und insbesondere auch der Handelsgebrauch wohl zu beachten, und namentlich ist im Auge zu behalten, dass der Kredit der Ladescheine nicht so sehr im Vertrauen zum Frachtführer, als vielmehr im Vertrauen zu dem Absender bezw. den Vormännern beruht, und dass der juristische Schwerpunkt der negoziablen Transportpapiere nicht in ihrer obligatorischen, sondern in ihrer dinglichen Funktion liegt.[75]) Trifft den Frachtführer ein Verschulden, so steht er dem Ladescheinsinhaber für den Schaden ein, welcher diesem durch das unrichtige Empfangsbekenntniss entstanden ist. Um diesen Schaden zu ermitteln, muss auf das materielle Verhältniss zurückgegangen werden, in welchem der Ladescheinsinhaber zum Gute und zum Absender steht, ob er z. B. Käufer oder bloss Verkaufskommissionär ist, ob er als Verkaufskommissionär dem Absender auf den Ladeschein hin Vorschüsse gemacht hat oder nicht u. dgl.[76]) Doch hat der durch seine Vertretungspflicht in Nachtheil gekommene Frachtführer einen Regressanspruch gegen den Absender, weil dieser ihm für die Richtigkeit der bei der Ausstellung des Ladescheins gemachten Angaben einsteht.[77])

Aus dem Prinzipe, dass der Frachtführer auf Grundlage des Ladescheins nicht das darin Angegebene sondern das Empfangene auszuhändigen hat, ergeben sich folgende zwei wichtige Konsequenzen:

α. Hat der Frachtführer **mehr** empfangen, als der Ladeschein angibt, so muss er auch dies Mehr (Uebergewicht, Ueberkahn, Sprott) restituiren.[78])

β. Hat der Frachtführer etwas generisch oder spezifisch **Anderes** empfangen, als der Ladeschein angibt, so muss der Empfänger, der ihn verantwortlich machen will, dieses Andere annehmen und sich mit der Werthdifferenz zwischen dem Empfangenen und dem im Ladeschein Bezeichneten begnügen.[79]) Weist aber der Ladescheinsinhaber nach, dass der Frachtführer etwas Anderes

---

[74]) Vgl. Art. 656, 657, 659, 660. Ueber die Bedeutung und Wirkung dieser Konnossementsklauseln vgl. Goldschmidt I 2 S. 688—692. Eger III S. 62–65. Doch sollen dieselben im Binnentransport nicht üblich sein. Hahn Art. 415 S. 682 Not. 4.

[75]) Vgl. Art. 460. Prot. S. 2263, 4009, 4010, 4772, 4773; aber auch Goldschmidt I 2 S. 700 Not. 3 u. Meier S. 11, 12.

[76]) Hahn Art. 415 § 3 a. E. S. 683.

[77]) Seufferts Arch. XV. 49 S. 76, 77.

[78]) Komm. u. Admir.Koll. Königsberg vom 6. Dezbr. 1867 in Löhrs C.O. N. F. V S. 200—202. Hahn Art. 415 S. 683 Not. 6.

[79]) Art. 396. Arg. Art. 654. Prot. S. 2278, 2279.

abliefern wolle, als er vom Absender zum Transport erhalten hat, so kann er dieses Andere zurückweisen und seinen Schadenersatzanspruch nach Massgabe des Art. 396 geltend machen.

VI. Die Verbindlichkeit des Frachtführers aus dem Ladeschein ist eine **streng einseitige**, auf Restitution des Frachtguts gerichtete. Ihr entspricht keine Verbindlichkeit des Destinatärs auf Zahlung der Fracht und Nebengebühren, so dass also nur der letztere ein Forderungsrecht hat. Seinem Inhalte nach ist dieses Forderungsrecht im Wesentlichen der aus Art. 403 und 405 hervorgehende Restitutionsanspruch, aber losgelöst vom Absender und vom Frachtvertrage und aus einer blossen Befugniss des Empfängers zum selbständigen Recht desselben erhoben. Da jedoch der Frachtführer regelmässig nur gegen Zahlung der Fracht und Spesen das Frachtgut dem Ladescheinsinhaber auszuliefern verspricht, so hat er letzterem gegenüber einen Gegenanspruch, den er **retentions-** und **pfandweise** geltend machen kann. Hat sich der Frachtführer aber Fracht und Spesen nicht im Ladescheine vorbehalten, sondern schlechthin auszuliefern versprochen, so kann er ihrethalben keine Gegenansprüche gegen den Destinatär geltend machen, weder retentionsweise[80]) noch pfandweise. Er hat zwar wegen seiner Vertragsforderungen ein Pfandrecht, und dieses steht ihm als dingliches Recht an und für sich auch gegenüber dem Destinatär zu; allein er kann es demselben gegenüber nicht ausüben, ohne der exceptio bezw. replica doli zu begegnen, weil er im Widerspruch mit Art. 415 Abs. 1 auf den im Ladeschein nicht in Bezug genommenen sein Pfandrecht stützenden Frachtvertrag rekurriren würde. Eine andere Frage jedoch ist die, ob der Frachtführer nicht Auslagen, die sich als Verwendungen darstellen, und die jeder Detentor fremder Sachen retentionsweise geltend machen darf, ersetzt verlangen kann.[81]) Diese Frage ist zu bejahen; nur kann diese Retention durch Kautionsleistung oder Deposition des verlangten Betrags beseitigt werden.

Der Frachtführer ist zur Ablieferung des Guts nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf welchem die Ablieferung des Guts zu bescheinigen ist, verpflichtet.[82]) Doch kann die Quittung auch auf eine Kopie gesetzt werden, wenn nur das Original zurückgegeben wird. Ist der Ladeschein verloren gegangen, so kommt es darauf an, ob er auf Namen oder an Ordre lautet. Im erstern Fall muss der Frachtführer gegen Separatquittung und eventuell gegen Leistung einer Defensionskaution an den Destinatär abliefern, falls derselbe den Ladeschein nicht hat amortisiren lassen; dagegen braucht er im zweiten Fall nur nach Durchführung des Amortisationsverfahrens abzuliefern und zwar an denjenigen, welcher das Ausschlussurtheil erwirkt hat.[83]) Doch kann er sich seiner Ver-

---

80) Art. 405, 415 Abs. 1, Art. 419.

81) Z. B. R.O.H.G. VIII 101 S. 411 „Bearbeitungskosten des in schlechter Beschaffenheit verladenen Roggens“, überhaupt Reparaturkosten am Frachtgut.

82) Art. 418. — Preuss. Entw. Art. 324. Entw. I. Les. Art. 355. Entw. II. Les. Art. 391. — Prot. S. 853—855, 1249, 4775, 5105. Vgl. Art. 303 Abs. 3, Art. 652. — Eger III S. 95—106.

83) Art. 305 Abs. 2 verb. mit C.P.O. § 837 ff., insbes. § 850. Brunner in Diesem Handbuch II S. 184, 185, 195.

bindlichkeit weit einfacher dadurch entledigen, dass er an die etwa vorhandene Nothadresse abliefert oder nach Art. 407 deponirt. Ist der Ladeschein in mehreren Originalien ausgestellt, so kann und muss der Frachtführer gegen Rückgabe Eines quittirten Duplikats abliefern.[84]) Ist auf Ein Exemplar hin das Gut abgeliefert, so sind damit die übrigen Duplikate dem Frachtführer gegenüber ipso jure kraftlos geworden, weil die mehreren Duplikate juristisch nur Einen Ladeschein mit einer einzigen Verbindlichkeit ausmachen.[85]) Bei grösseren Sendungen, die nur allmählich abgeliefert werden können, kann Theilquittung, möglicher Weise auf einer Kopie, verlangt werden.

Ausserdem ist noch Folgendes zu bemerken:

1. Der Frachtführer kann selbstverständlich dem Destinatär und dessen Nachmännern, z. B. Cessionaren, **Einreden** aus der Person des Destinatärs entgegen setzen; so z. B. auch die Einrede, dass er dem Destinatär oder einem andern Vormann ausgeliefert habe, ohne sich den Ladeschein zurückgeben zu lassen. Allein wenn der Ladeschein ein indossirtes Ordrepapier ist. so kann er dem legitimirten Indossatar keine Einreden aus der Person des Destinatärs oder irgend eines Vormannes entgegensetzen. Desshalb darf er sich in diesem Falle nur solcher Einreden bedienen, welche ihm nach Massgabe des Ladescheins selbst oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.[86])

2. Wenn der Inhaber des Ladescheins das Frachtgut auf Grund desselben annimmt, so wird er dem Frachtführer **persönlich** obligirt, nach Massgabe des Ladescheins Zahlung zu leisten, und nimmt er gleichzeitig den Frachtbrief an, so haftet er auch nach Massgabe des Frachtbriefs, insoweit dessen Bestimmungen nicht durch die Abweichungen des Ladescheins als modifizirt anzusehen sind. Hat der Frachtführer ohne Produktion des Ladescheins abgeliefert und der Empfänger entgegengenommen, so treten die gewöhnlichen Wirkungen ein, als ob gar kein Ladeschein dazwischen gekommen wäre. In allen Fällen ist der Ladescheinsinhaber für sein persönliches Verhalten bei der Annahme dem Frachtführer haftbar und desshalb insbesondere auch für Verzug.[87])

3. Die Ansprüche aus dem Ladeschein **verjähren** in derselben Zeit und in gleicher Weise, wie die Ansprüche aus dem Frachtvertrag.[88])

VII. Die **Regressbeziehungen** zwischen Absender, Destinatär und dessen Successoren richten sich nach den Grundsätzen des Rechtsgeschäfts, welches der Begebung des Ladescheins zu Grunde liegt. Einen dem Wechselregress entsprechenden Regress gibt es auch bei dem an Ordre gestellten Ladeschein nicht,

---

[84]) Arg. Art. 647 Abs. 1, 652, 689.

[85]) Arg. Art. 650. W.O. Art. 67. Vgl. Prot. S. 854. — Die mehreren Duplikate begründen in den Händen Eines Inhabers eine alternative Legitimation, in verschiedenen Händen dagegen aktive Korrealität.

[86]) Art. 302, 303 Abs. 2.

[87]) Art. 406. Arg. Art. 615 Abs. 1. Vgl. Prot. S. 3925, 3926, 5101. — R.O.H.G. XX 104 S. 409—411. (Liegegelder.) O.Trib. Berlin vom 28. Nov. 1865 bei Striethorst 60 S. 282.

[88]) Art. 419, 408 Abs. 3.

namentlich auch keinen mittelbaren und springenden Regress.[89]) Insbesondere steht der Verkäufer oder Verpfänder eines Ladescheins nur dafür ein, dass dem Frachtführer die im Ladeschein aufgeführten Waaren in der bezeichneten Quantität und Qualität überliefert worden sind, nicht aber dafür, dass derselbe sie auch in der bezeichneten Weise wirklich restituiren werde.[90])

§ 349.

9. Mehrheit der Frachtführer.

I. Wenn die Beförderung des Guts vom Absender zum Destinatär über eine grössere Transportstrecke hinweg stattfindet, so können an derselben **mehrere successive** Frachtführer betheiligt sein und zwar in verschiedener Weise.

1. Der erste Fall ist der, dass jeder Frachtführer den Transport nur für eine Theilstrecke übernimmt, als **Theilfrachtführer**. Dabei ist zunächst möglich, dass der Absender selbst mit jedem Theilfrachtführer den Transportvertrag abschliesst bezw. durch einen Mandatar [1]) in seinem **Namen** abschliessen lässt, so dass der Absender zu jedem Theilfrachtführer in ein direktes Vertragsverhältniss kommt. Alsdann haben wir mehrere selbständige, von einander unabhängige Frachtverträge und Frachtführer. Jeder spätere Theilfrachtführer ist zwar dem früheren gegenüber Empfänger und hat die Rechte und Pflichten eines solchen, aber keiner ist für den andern verantwortlich und keiner steht zu dem andern in Regressbeziehungen. Dem Destinatär haftet nur der letzte Theilfrachtführer; denn nur aus dessen mit dem Absender abgeschlossenen Frachtvertrag wird der Destinatär berechtigt und verpflichtet. Nicht alterirt wird das rechtliche Verhältniss der Theilfrachtführer, wenn der Absender einen an den Destinatär adressirten **generellen** oder **General**frachtbrief ausstellt, der unter den Theilfrachtführern von Hand zu Hand geht, während dieselben auf Grund von besonderen **Theilfrachtbriefen** transportiren.[2])

Es ist aber auch möglich, dass der Absender nur mit dem ersten Theilfrachtführer kontrahirt und dabei diesen oder einen Zwischenspediteur beauftragt, mit dem zweiten Theilfrachtführer für **Rechnung** des Absenders zu kontrahiren. Einen gleichen Auftrag kann dann der erste Theilfrachtführer bezw. Zwischenspediteur dem zweiten Theilfrachtführer bezw. Zwischenspediteur und dieser wieder einem dritten u. s. w. geben.[3]) Jeder Theilfrachtführer, welchem der

[89]) Arg. Art. 305 Abs. 1, Art. 302. — Goldschmidt I 2 S. 698 Nr. 3.

[90]) Während der Korrektur ist zur Literatur über den Ladeschein noch hinzugekommen: Goldschmidt in s. Zeitschr. XXIX S. 18—34.

[1]) Möglicherweise durch den Theilfrachtführer selbst, z. B. durch einen Rollfuhrmann oder Packträger, welcher Gegenstände zur Eisenbahn bringt.

[2]) Vgl. Prot. S. 799, 1227. Dagegen sind generelle Frachtbriefe, welche der Absender dem Destinatär direkt durch die Post zusendet, während der Transport selbst auf Grund von speziellen Frachtbriefen vor sich geht, keine Fracht-, sondern blosse Avisbriefe. Vgl. Prot. S. 799, 810.

[3]) Z. B. der Absender kontrahirt mit einer Eisenbahn, diese mit einer Dampfschifffahrtsgesellschaft, diese wieder mit einer Eisenbahn und letztere mit einem Frachtfuhrmann. Prot. S. 817. Art. 430 a. E. Regl. § 59 Abs. 5, 6, § 61 Abs. 2, 3. R.O.H.G. XII 39 S. 116, 117, XIII 47 S. 130, XV 58 S. 200, 201. — Auch hier pflegt neben den

Auftrag gegeben ist, für Rechnung des Absenders mit seinem Nachmann einen weiteren Frachtvertrag abzuschliessen, ist gleichzeitig Zwischenspediteur und haftet als solcher nach Speditionsgrundsätzen, namentlich für culpa in eligendo in Ansehung des engagirten ferneren Theilfrachtführers.[4]) Als Zwischenspediteur ist er seinem unmittelbaren Nachmanne gegenüber Absender und seinem unmittelbaren Vormann gegenüber Empfänger, falls das Gut an ihn adressirt ist: beides mit allen daraus hervorgehenden Rechten und Pflichten, insbesondere auch in Beziehung auf den Regress. Dagegen bestehen zwischen den mittelbaren Vor- und Nachmännern keine Regressbeziehungen. Der Absender selbst ist Absender nur gegenüber dem ersten Theilfrachtführer, allen übrigen gegenüber ist er nur Versender. Der Destinatär ist Empfänger nur gegenüber dem letzten Theilfrachtführer. Desshalb besteht kein Frachtverhältniss zwischen dem Absender und dem zweiten, dritten u. s. w. Theilfrachtführer, und keines zwischen dem Destinatär und den dem letzten vorangehenden Theilfrachtführern, falls nicht eine Cession dazwischen kommt.[5])

2. Der zweite Fall ist der, dass ein Frachtführer den Transport auf der ganzen Strecke übernimmt, diesen übernommenen Transport aber ganz oder theilweise durch einen oder mehrere andere Frachtführer ausführen lässt. Wir nennen den Transportübernehmer **Hauptfrachtführer** und die andern Frachtführer **Unterfrachtführer.**[6]) Wann eine solche Uebernahme des ganzen Transports vorliegt, ist eine Thatfrage. Im Zweifel liegt dieselbe in der Entgegennahme des Guts auf Grund eines sogenannten **direkten** oder **durchgehenden,** d. h. direkt auf den Destinatär ausgestellten Frachtbriefs;[7]) ebenso in der Berechnung bezw. Empfangnahme der Fracht für die ganze Strecke.[8]) Eisen-

speziellen Theilfrachtbriefen ein Generalfrachtbrief vorzukommen; und bedient sich der Absender eines Zwischenspediteurs, so kann er auch das Gut mit einem Theilfrachtbrief an diesen Zwischenspediteur adressiren und ihm den direkten auf den Destinatär adressirten Frachtbrief einsenden, auf Grund dessen dann der Zwischenspediteur an den Destinatär transportiren lässt. Vgl. Prot. S. 797, 798.

[4]) Prot. S. 4721. Art. 380, 388. Anschütz Art. 401 S. 443. — Dieser Fall, in welchem der Frachtführer gleichzeitig Spediteur ist, muss unterschieden werden von dem Fall, wo der Spediteur nach Art. 385 gleichzeitig Frachtführer ist. Im letztern Fall ist er Spediteur für den nämlichen Transport, für den er auch Frachtführer ist, dagegen im ersteren Fall ist er Spediteur für den nachfolgenden, Frachtführer aber für den vorausgegangenen Transport.

[5]) Vgl. Art. 387 verb. mit Art. 368. Prot. S. 759, 760, 1222.

[6]) Der Ausdruck „Unterfrachtführer" kommt in gleicher Bedeutung schon in den Prot. S. 4723, 4724 vor; S. 4627 in ähnlicher Weise für den Substituten des Spediteurs der Ausdruck „Unterspediteur" gegenüber dem Hauptspediteur; desgl. in Art. 664 die Ausdrücke „Unterverfrachtung", „Unterfrachtvertrag", „Unterverfrachter", „Unterbefrachter". Auch R.O.H.G. XXIII 108 S. 320 spricht von „Unterfrachtführer". Insofern der Hauptfrachtführer der vorgehende ist, könnte man den Unterfrachtführer auch Afterfrachtführer nennen. Allein dieser Ausdruck ist in Bezug auf die eigenthümlich juristische Stellung des Unterfrachtführers farblos, so farblos, wie der vielfach gebrauchte Ausdruck „Zwischenfrachtführer", welcher dem Begriffe „Zwischenspediteur" nachgebildet ist und jeden zwischen dem ersten Frachtführer und dem Destinatär stehenden Frachtführer bezeichnet.

[7]) Hahn Art. 401 § 1 S. 629.

[8]) Eger II S. 12. Vgl. R.O.H.G. IX 27 S. 89, 90.

bahnen insbesondere haben nach Regl. § 46 im Gebiete des letzteren die Verpflichtung zur Beförderung mit direktem Frachtbrief von der Empfangs- bis zur Bestimmungsstation.[9]) Eine Uebernahme des ganzen Transports auf der im Frachtbrief bezeichneten Strecke liegt kraft positiver Bestimmung des H.G.B. dann vor, wenn der Frachtführer, welcher auf einen andern Frachtführer folgt, das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt.[10])

In diesem zweiten Fall steht der Hauptfrachtführer als Unternehmer des Transports sowohl dem Absender als dem Empfänger für den ganzen Transport ein, haftet also für seine Unterfrachtführer in demselben Umfang wie für seine Leute und andere Personen, deren er sich zur Ausführung des Transports bedient.[11]) Gleichgültig für diese Haftung ist es, ob der Absender weiss oder gestattet, dass der Hauptfrachtführer sich der Unterfrachtführer bedient oder nicht.[12]) Ebenso gleichgültig ist es, ob die Unterfrachtführer vor oder nach dem Hauptfrachtführer fungiren, wesshalb der Hauptfrachtführer nicht nur für den nach der Uebernahme noch bevorstehenden, sondern auch für den vor der Uebernahme bereits ausgeführten Transport einsteht.[13]) Die Unterfrachtführer selbst transportiren auf Grund von **Theil-** oder **Unterfrachtbriefen**. Nur derjenige Unterfrachtführer, welcher mit dem Absender kontrahirt hat, tritt in ein unmittelbares Rechtsverhältniss zum Absender, und nur der letzte Unterfrachtführer kommt in ein solches zum Empfänger, aber bloss auf Grund des letzten Unterfrachtbriefs.[14]) Die Regressbeziehungen zwischen Haupt- und Unterfrachtführer und zwischen den Unterfrachtführern unter einander richten sich nach den unter Nr. 1 ausgeführten Distinktionen.

Auf die Gleichartigkeit und die Gleichberechtigung des Haupt- und Unterfrachtführers kommt nichts an. So kann die Strecke zum Theil zu Land, zum Theil zu Wasser, zum Theil durch Eisenbahnen, zum Theil durch Frachtfuhrleute, Post, Dampfschiff u. s. w. zurückgelegt werden. Art 401 Abs. 1 insbesondere gilt auch für den Fall, dass ein Binnenfrachtführer gleichzeitig den Seetransport oder umgekehrt ein Seeverfrachter gleichzeitig auch den Binnentransport übernimmt.[15])

---

[9]) Eger II S. 9 u. 27. Irrig Puchelt Art. 401 Anm. 1 S. 374. Irrig auch die Ansicht Egers a. a. O., dass die Eisenbahnen des Vereins deutscher Eisenbahnen reglementarisch verpflichtet sind zur Beförderung mit direktem Frachtbrief. Ist denn das Vereinsreglement ein einseitiger Verpflichtungsgrund?

[10]) Art. 401 Abs. 2. — Vgl. Entw. v. 1874 § 49 Abs. 1.

[11]) Art. 401 vgl. mit Art. 400. — Preuss. Entw. Art. 313 Abs. 1. Entw. I. Les. Art. 338. Entw. II. Les. Art. 374, 375. — Prot. S. 807, 815—818, 822, 823, 1230, 1438, 1439, 4720—4725, 4738—4754, 4753, 4754, 5043—5045, 5097, 5098. Monit. 446—448. — R.O.H.G. IX 27 S. 90, XXIII 108 S. 320. Anschütz Art. 401 S. 442. Thöl S. 55. Eger II S. 22—24. S. o. § 342 S. 362 ff.

[12]) Hahn Art. 401 § 1 S. 628, 629.

[13]) Thöl S. 54, 56.

[14]) Prot. S. 822. Hahn Art. 401 § 2 S. 629. Thöl S. 55. Eger II S. 24, 25. Irrig ist die Ansicht Endemanns S. 728, dass der Unterfrachtführer „als solcher in das Frachtverhältniss nach dem Frachtbrief" eintritt. Nur aus Delikten kann derselbe direkt verantwortlich werden.

[15]) A. M. Thöl S. 3, 4 Not. 3. Eger II S. 12, 13. Allein warum soll der Transportübernehmer, z. B. eine Packetbeförderungsgesellschaft nicht für die engagirten

Engagirt ein Unterfrachtführer für die von ihm übernommene Strecke seinerseits einen weiteren Unterfrachtführer, so haftet der erste Unterfrachtführer dem Hauptfrachtführer gerade so nach Art. 401 Abs. 1, wie der letztere dem Absender bezw. Empfänger haftet. Und da der Hauptfrachtführer für den Unterfrachtführer haftet, so haftet er auch für dessen Leute und die von diesem zur Ausführung des Transports engagirten Gehülfen und substituirten Unterfrachtführer.

3. Der dritte Fall ist der, dass eine unmittelbare nicht durch Spediteure unterbrochene Aufeinanderfolge von Frachtführern stattfindet, der erste Frachtführer den Frachtvertrag auf Grundlage eines durchgehenden Frachtbriefs abgeschlossen hat, und der oder die folgenden Frachtführer das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annehmen. Bei einem durchgehenden Frachtbrief werden in der Regel sämmtliche Frachtführer, sowohl der erste als die folgenden, das Gut auf Grund des durchgehenden Frachtbriefs annehmen. Wir nennen einen solchen von allen oder mehreren Frachtführern angenommenen Frachtbrief **Sammtfrachtbrief** und die auf Grund des Sammtfrachtbriefs transportirenden Frachtführer selbst **Sammtfrachtführer**. Doch ist auch möglich, dass sowohl der erste Frachtführer als auch der eine oder andere Afterfrachtführer auf Grund eines Theil- oder Unterfrachtbriefs, der erste wohl auch auf Grund mündlicher Verabredungen transportirt, und dann kommen die sub Nr. 2 entwickelten Grundsätze zur Anwendung.[16]) Aber beide Fälle haben das mit einander gemein, dass jeder das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annehmende Frachtführer **„in den Frachtvertrag gemäss dem Frachtbrief eintritt“**,[17]) d. h. jeder auf Grund des ursprünglichen bezw. Sammtfrachtbriefs[18]) transportirende After- bezw. Sammtfrachtführer kommt in ein direktes Vertragsverhältniss zum Absender, gerade als ob er auf Grundlage des ursprünglichen bezw. Sammtfrachtbriefs von Anfang an den Frachtvertrag unmittelbar mit dem Absender abgeschlossen und die Ausführung des ganzen Transports übernommen hätte. Einerlei ist es, ob die successiven bezw. Sammtfrachtführer derselben Kategorie von Frachtführern angehören oder nicht, also z. B. die einen Landfrachtführer, die anderen Flussschiffer sind; einerlei auch, ob sie gleichberechtigt sind oder nicht, also z. B. die einen gewöhnliche Fuhrleute, die andern Eisenbahnen sind.[19]) Nur wenn an den Seetransport Binnentrans-

Schiffer haften? Die Bestimmung des Art. 401 Abs. 1 ist keine positive Besonderheit, sondern nur ein Anwendungsfall des Art. 400, und das Prinzip des Art. 400 ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Anders ist es mit der Uebernahme nach Art. 401 Abs. 2. S. unten Text zu Not. 20.

[16]) Hahn Art. 401 § 3 S. 630. Was dagegen Eger II S. 31 ff. vorbringt, beruht theils auf Missverständnissen der Prott. und der einschlägigen Literatur, theils ist es als geradezu unbegreiflich zu bezeichnen.

[17]) Art. 401 Abs. 2. — Entw. I. Les. Art. 338 Abs. 2. Entw. II. Les. Art. 375. — Vgl. Entw. v. 1874 § 49 Abs. 2.

[18]) Nicht etwa auf Grund eines daneben herlaufenden Theil- oder Unterfrachtbriefs. R.O.H.G. VII 54 S. 216—219.

[19]) Allerdings findet ein Sammtfrachtverhältniss zwischen vorausgehenden anderweitigen Frachtführern und einer nachfolgenden Eisenbahn nicht leicht statt, weil nach Regl. § 50 Z. 2 Abs. 4 S. 2 mit Beginn des Bahntransports ein neuer Frachtbrief aus-

port oder umgekehrt an diesen jener sich anschliesst, kommt Art. 401 Abs. 2 nicht zur Anwendung, weil die Bestimmung desselben eine positive ist und desshalb nicht auf den eine ähnliche Bestimmung nicht kennenden Seetransport angewandt werden kann.[20])

Das Vertragsverhältniss zwischen dem Absender und den verschiedenen Sammtfrachtführern ist ein seiner Entstehung und seinem Inhalte nach **einheitliches.** Es ist seiner Entstehung nach ein einheitliches, weil es auf dem **Sammtfrachtvertrage** beruht. Derselbe wird abgeschlossen zwischen dem Absender einerseits und den sämmtlichen Sammtfrachtführern anderseits, nicht gleichzeitig und mit ausdrücklichen Worten — wenigstens nicht seitens der Afterfrachtführer —, sondern **successiv** und **stillschweigend** (per facta concludentia) durch Annahme des Guts mit dem Sammtfrachtbrief seitens der auf einander folgenden Sammtfrachtführer. Es ist seinem Inhalte nach ein einheitliches, weil der im Sammtfrachtbrief verkörperte Vertragsantrag des Absenders nicht nur seiner äusseren Erscheinung, sondern auch seinem Inhalte nach ein einziger und einheitlicher ist, desshalb auch der auf Grundlage desselben mit den successive annehmenden Sammtfrachtführern zustande gekommene Sammtfrachtvertrag ein einheitlicher sein muss. Da dieser Vertragsantrag jedem successiv eintretenden Sammtfrachtführer durch den Sammtfrachtbrief selbst zukommt, so wird auch der Sammtfrachtvertrag unmittelbar zwischen dem Absender und jedem Sammtfrachtführer geschlossen. Zum einheitlichen Inhalt (idem placitum) hat der Sammtfrachtvertrag den Gesammttransport gemäss dem Sammtfrachtbrief.[21]) Der Inhalt des letztern ist für den Inhalt des Sammtfrachtvertrags schlechthin massgebend. Darin eben besteht das Positive und Anomale des Art. 401 Abs. 2, dass kraft Gesetzes als Verpflichtungswille desjenigen, welcher das Gut mit dem unveränderten ursprünglichen bezw. Sammtfrachtbrief annimmt, die Uebernahme des ganzen Transports nach Massgabe des Frachtbriefs angesehen wird, so dass der letztere in so weit skripturmässige Bedeutung hat. Eine Verabredung zwischen dem vorhergehenden und dem nachfolgenden Frachtführer, die dem Inhalt des Frachtbriefs widerstreitet, ohne jedoch in denselben aufgenommen zu sein,[22]) präjudizirt dem Absender bezw. Empfänger nicht, sondern hat lediglich Bedeutung für die Regressansprüche der Frachtführer unter einander. Denn eine jede solche nicht in den ursprünglichen bezw. Sammtfrachtbrief aufgenommene Willensäusserung ist nur eine protestatio facto contraria.[23]) Ist jedoch der Inhalt des Frachtbriefs nachträglich abgeändert worden, wenn auch ohne Zustimmung des Absenders, z. B. durch Notizen über stattgehabte Verluste

---

gestellt werden muss und die vorausgegangenen Frachtbriefe auch nicht einmal als Beilagen zu den Eisenbahnfrachtbriefen angenommen werden.

[20]) Doch kann der Binnenfrachtführer in die Verpflichtung des Verfrachters dadurch eintreten, dass er den Transport auf Grund des Konnossements vollführt. R.O.H.G. XVI 39 S. 136—139. Vgl. Strodtmann in Goldschmidts Zeitschr. XXI S. 384—397.

[21]) Vgl. Prot. S. 4741, aber auch S. 4748.

[22]) Z. B. Beschränkung der Haftung des folgenden Frachtführers auf seine Transportstrecke.

[23]) Prot. S. 4743—4751.

Beschädigungen oder Verspätungen, so haftet der der Abänderung nachfolgende Frachtführer nur nach Massgabe des abgeänderten Inhalts, sei es als Theil-, sei es als Unterfrachtführer, also nur auf Grund eines mit seinem Vormann abgeschlossenen Vertrags, da er das Gut nicht mit dem ursprünglichen, sondern mit einem neuen Frachtbrief angenommen hat.[24]) Hat die Abänderung mit Zustimmung des Absenders stattgefunden, so entsteht zwar durch Annahme des abgeänderten Frachtbriefs seitens des der Abänderung nachfolgenden Frachtführers ein direktes Vertragsverhältniss zum Absender, und wenn noch weitere Frachtführer auf Grund dieses abgeänderten Frachtbriefs transportiren, ein neues Sammtfrachtverhältniss, aber gegenüber den der Abänderung vorhergehenden Frachtführern ist die Einheitlichkeit des Frachtverhältnisses durch den neuen Frachtbrief aufgehoben.

Da der Verpflichtungsgrund sämmtlicher Sammtfrachtobligationen derselbe ist, nämlich die Uebernahme des Guts mit dem Sammtfrachtbrief, da ferner der Inhalt sämmtlicher Sammtfrachtobligationen, weil auf Ausführung des ganzen Transports nach Massgabe des Sammtfrachtbriefs gerichtet, objektiv identisch ist, so sind die Sammtfrachtführer **Korrealschuldner.**[25]) Nicht-Korrealschuldner ist sowohl der erste Frachtführer, welcher nicht nach Massgabe des durchgehenden Frachtbriefs, sondern auf Grund besonderer mündlicher Verabredungen oder eines Theilfrachtbriefs den Transport übernimmt,[26]) als auch der spätere Frachtführer, welcher nicht auf Grund des unveränderten Sammtfrachtbriefs transportirt. Selbstverständlich kann ein Korrealitätsverhältniss auch ohne Sammtfrachtbrief begründet werden, aber alsdann muss der darauf gerichtete Wille der Kontrahenten ausdrücklich erklärt sein.[27])

Aus dem Korrealitätsprinzip ergeben sich folgende Konsequenzen:

a. Jeder Sammtfrachtführer übernimmt dem Absender bezw. Empfänger

---

[24]) Prot. S. 4744—4752, 5097, 5098. Stadtamt Frankfurt a. M., bestätigt durch Stadtger. u. A.G. vom 7. Januar 1869 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 599—601. Gad I S. 291. Anschütz Art. 401 S. 443, 444. W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. VIII S. 457 und Eisenbahntransportrecht S. 57. — A. M. R.O.H.G. XI 70 S. 209—213; vgl. auch VII 54 S. 216—219. Hahn Art. 401 § 3 Not. 6. Endemann S. 728 Not. 31. Thöl S. 56. Eger I S. 46, II S. 29, 30, 38—44, 49. Aber warum sollte der der Abänderung nachfolgende Frachtführer einen Vertrag eingehen, dessen Inhalt seinem doch nur in der Form der Annahme des abgeänderten Frachtbriefs geäusserten Willen nicht entspricht? Nicht einmal wenn der Frachtbrief eine formale Skriptur wäre, würde man zu dieser Konsequenz kommen, da für alle nach der Abänderung der Skriptur in das skripturmässige Rechtsverhältniss eintretenden Personen nur die abgeänderte Skriptur entscheidend ist. Warum sollte erst ein neuer Frachtbrief ausgestellt werden müssen? Die Identität des Frachtbriefs wird doch wohl durch die Identität des Inhalts und nicht durch die Identität des Stückes Papier bestimmt!? — Selbstverständlich nützen einseitige Abänderungen dem abändernden Frachtführer nichts.

[25]) R.O.H.G. XI 70 S. 212, XXIV 55 S. 210—212. Hahn Art. 401 § 3 S. 630. Endemann S. 728 Not. 31. Wehrmann S. 167. Eger II S. 29, 44, 45, 50. Von (blosser?) Solidarität sprechen Goldschmidt I S. 753; Puchelt Art. 401 Anm. 5 S. 375; Dernburg, Preuss. Priv.R. II S. 112 Not. 4 (2. Aufl.).

[26]) Hahn Art. 401 § 3 S. 630 Not. 4 u. Text. — Doch berühren diese Verabredungen die Sammtfrachtführer nicht, indem dieselben lediglich nach Massgabe des Frachtbriefs auch bezüglich des vom ersten Frachtführer ausgeführten Transportes haften.

[27]) Vgl. auch R.O.H.G. VII 54 S. 219.

gegenüber eine selbständige Verpflichtung, den Transport **nach Inhalt des Sammtfrachtbriefs** mit allen seinen Klauseln und besonderen Bedingungen auszuführen, also insbesondere auch nach Massgabe der in Bezug genommenen Reglements,[28]) und zwar haftet jeder Sammtfrachtführer für den Transport auf seiner Strecke nach Massgabe seines eigenen in Bezug genommenen Spezial- oder Verbandreglements, dagegen für den Transport seiner Vor- oder Nachmänner nur nach Massgabe von deren in Bezug genommenen Spezial- oder Verbandreglements, einerlei ob dieselben in- oder ausländische sind. Die Einheitlichkeit des Sammtfrachtvertrags wird dadurch nicht verletzt. Eine erste Konsequenz davon ist, dass die Schadenersatzpflicht nach den Bestimmungen desjenigen Reglements bemessen wird, welches auf der Strecke gilt, auf welcher der zu ersetzende Schaden sich ereignete.[29]) Eine zweite Konsequenz ist, dass die abliefernde Bahn auch für den Schaden haftet, welcher dem Ersatzberechtigten dadurch entstanden ist, dass die Aufgabebahn den Absender gegen Art. 422 Abs. 2 und Regl. § 56 Abs. 5 anderen Absendern gegenüber zurückgesetzt hat, weil ja diese Schadenersatzpflicht eine reglementarische und durch Bezugnahme auf die Reglements eine vertragsmässige ist.[30])

b. Jeder Sammtfrachtführer übernimmt eine **selbständige** Verpflichtung, **den ganzen Transport** nach Massgabe des Frachtbriefs auszuführen. Desshalb haftet er nicht bloss für den von ihm ausgeführten Transport, sondern auch für den Transport seiner sämmtlichen Vor- und Nachmänner, gleichgültig ob dieselben Sammt- oder Theil- oder Unterfrachtführer sind, und zwar haftet er für diesen Transport nach Inhalt des Sammtfrachtbriefs, nicht etwa nach Massgabe der Theil- oder Unterfrachtbriefe oder der besonderen mündlichen Verabredungen, auf Grund welcher die anderen Frachtführer zu transportiren haben. Diese sämmtlichen Vor- und Nachmänner werden als seine Unterfrachtführer bei Ausführung des Transports angesehen. Er haftet also gerade so, „wie wenn er selbst den Transport vom Ort der Absendung ab übernommen und ausgeführt hätte."[31]) Desshalb sind die Worte des Art. 401 Abs. 2: „und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die **Verbindlichkeiten derselben** einzustehen", nur für den Fall zutreffend, dass die früheren Frachtführer Sammtfrachtführer sind, weil sie nur in diesem Fall nach Inhalt des Sammtfrachtbriefs auf Dasselbe haften. Sie sind dagegen unzutreffend, wenn die früheren Frachtführer nicht Sammtfrachtführer sind. Denn alsdann können ihre Verbindlichkeiten sowohl dem Grade wie dem Umfange nach enger oder weiter sein, als die des Sammtfrachtführers nach Inhalt des Sammtfrachtbriefs, und trotzdem haftet er auch für den von ihnen ausgeführten Transport nach Massgabe dieses Inhalts.

---

[28]) Reglements, die im Frachtbrief nicht angezogen sind, kommen nicht in Betracht.

[29]) R.O.H.G. III 11 S. 59—64, XIII 104 S. 317—320, XXI 19 S. 57—60, XXII 82 S. 346, 347 u. U. vom 25. März 1873 bei Puchelt S. 374. Thöl S. 56, 57. Eger II S. 9—12, 43, 44, 47—49.

[30]) A. M. Eger II S. 46.

[31]) Prot. S. 4742, 4743.

Da die Verpflichtung des Sammtfrachtführers eine selbständige ist, so ist sein Einstehen für den von den andern Frachtführern ausgeführten Transport **kein sekundäres Delcredere-Stehen, sondern eine primäre Haftung.** Am allerwenigsten kann von einer **Succession**[32]) des nachfolgenden Sammtfrachtführers die Rede sein, da ja der Begriff der Succession das Ausscheiden des Vormanns involvirt, was sowohl dem Wortlaut[33]) als auch dem Geist des Art. 401 diametral widerspricht.

c. **Der Forderungsberechtigte kann sich nach seiner Wahl an jeden der mehreren Sammtfrachtführer halten,** ohne die Einrede der Theilung oder der Vorausklage befürchten zu müssen.[34]) Die Einrede der Vorausklage hat der belangte Sammtfrachtführer auch dann nicht, wenn er beweist, dass der Schaden nicht durch ihn sondern durch einen andern Sammtfrachtführer verschuldet ist.[35]) Der Forderungsberechtigte kann die Sammtfrachtführer einzeln oder mehrere oder alle zusammen in Anspruch nehmen; er kann beliebig unter ihnen wählen und bis zu seiner Befriedigung seine Wahl ändern.

Doch erleiden diese Sätze eine Modifikation beim Transport durch mehrere sich an einander anschliessende Eisenbahnen. Hier haftet nämlich nach Art. 429 und Regl. § 62 Abs. 1 nur die erste und die letzte Eisenbahn für den ganzen Transport schlechtweg, eine dazwischen liegende haftet nur dann, wenn ihr nachgewiesen wird, dass der Schaden auf ihrer Strecke sich ereignet hat.[36])

Der Regress unter den Sammtfrachtführern richtet sich an erster Stelle nach den etwa unter ihnen bestehenden besonderen Verträgen,[37]) sodann nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Regress der Korrealschuldner unter einander.[38]) Was namentlich den Regress wegen Schadenersatzleistung betrifft, so kann der unschuldige Ersatzleistende jedenfalls mit der cedirten Klage des Entschädigten sowohl gegen den schuldigen als gegen den unschuldigen Mitfrachtführer regrediren; dagegen mit einer selbständigen Klage nur gegen seinen unmittelbaren Vormann, indem jeder Vormann seinem Nachmann bei der Uebergabe des Guts dafür einsteht, dass er ihm dasselbe frachtbriefmässig überliefere.[39])

4. Einer besonderen Erörterung bedürfen die sehr bestrittenen Rechts-

---

32) So Strodtmann a. a. O. S. 388, 389. Eger II S. 29, 45 spricht nach dem Vorgang des O.Trib. Berlin vom 14. Juli 1866 bei Striethorst 63 S. 310 sogar von aktiver und passiver Cession; Makower Art. 401 Anm. 22 e von fingirter Delegation.

33) Art. 402 Abs. 1 a. A. „Jeder" Frachtführer u. s. w.

34) Art. 281 Abs. 1. Prot. S. 1438.

35) Hahn Art. 401 § 3 S. 630.

36) S. u. § 358.

37) Uebereink. Art. 29; vgl. Art. 16. Wehrmann S. 175—177.

38) R.O.H.G. XXIV 55 S. 206—213. — Windscheid § 294. Preuss. A. L.R. I 5 § 443—448. Oesterr. G.B. § 896. Code civ. art. 1213—1216. Sächs. G.B. § 1036.

39) Vgl. über den Regress Hahn Art. 401 § 4 S. 631. Wehrmann S. 168. Eger II S. 25, 26, 56, 57. — Genommen wird der Regress entweder durch Klageerhebung oder durch Streitverkündigung. C.P.O. § 69.

verhältnisse des **Rollfuhrmanns.**[40]) Es sind dabei zwei Fragen zu beantworten: einmal in wie weit haftet die Eisenbahn für den Rollfuhrmann? und sodann in wie weit haftet der Rollfuhrmann für die Eisenbahn?

a. Die **Eisenbahn** haftet für den Rollfuhrmann zunächst dann, wenn sie verpflichtet ist, das Frachtgut nicht bloss bis zur Station des Bestimmungsortes, sondern bis in die Behausung des Empfängers zu transportiren. Nach ihrer ganzen Einrichtung ist sie an und für sich dazu nicht verpflichtet, und von diesem prinzipiellen Standpunkt geht auch das Reglement aus.[41]) Hat aber die Eisenbahn durch besondere Vereinbarung oder durch Reglement den Transport bis zur Behausung des Destinatärs übernommen, so haftet sie für den Rollfuhrmann nach Art. 401 Abs. 1, da sie sich desselben zur Vollendung des ihr obliegenden Transports bedient und also für ihn gerade so wie für ihre anderweitigen Transportgehülfen einsteht; sie haftet aber nur nach Massgabe ihres Reglements. Reglementarisch hat sie den Transport bis zur Behausung des Empfängers immer dann übernommen, wenn sie besondere Rollfuhrunternehmer zum Abfahren der Güter an die Empfänger allgemein bestellt hat. Diese kommen dann in ihrer bahnamtlichen Stellung lediglich als Transportgehülfen der Eisenbahn in Betracht.[42])

Die Eisenbahn haftet ausserdem für den Rollfuhrmann auch dann, wenn sie reglementsmässig die Güter durch bahnamtlich bestellte Rollfuhrleute vom Absender zum Bahnhof anfahren lässt,[43]) und zwar auch hier nach Massgabe ihres Reglements. Denn wenn auch der Frachtvertrag vor der Abstempelung des Frachtbriefs noch nicht perfekt ist, so ist er doch bereits in der Entstehung begriffen, und die Wirkungen des in der Entstehung begriffenen Vertrags müssen im Zweifel nach denselben Prinzipien bestimmt werden, wie die des perfekten.[44])

b. Bezüglich der Haftung des **Rollfuhrmanns** ist zu unterscheiden, ob derselbe bahnamtlich bestellt ist oder nicht.

α. Ist er bahnamtlich bestellt und transportirt er in dieser Stellung, so ist er lediglich als Gehülfe zu betrachten und haftet für das An- und Abfahren wie jeder andere Transportgehülfe, also nicht persönlich aus dem Frachtvertrage, da er nur direkter Stellvertreter der Eisenbahn bei Eingehung und Ausführung des Frachtvertrags ist.[45]) Anders ist es, wenn er nachweislich nicht in seiner bahnamtlichen Eigenschaft für die Bahn, sondern im ausdrücklichen

[40]) Vgl. dazu Eger II S. 13–21, 52–55.

[41]) Regl. § 59 Abs. 4, 5, 7, § 60 Z. 3, 4, § 61. Vgl. R.O.H.G. VIII 5 S. 24–26. Wolff in Buschs Arch. S. 399–404.

[42]) Regl. § 59 Abs. 5, 7, § 63, 65 Abs. 2. R.O.H.G. VII 27 S. 103.

[43]) Regl. § 59 Abs. 5, § 63.

[44]) R.O.H.G. XXIV 79 S. 303, 304. A. M. Eger II S. 16, der übersieht, dass das Reglement ebensowohl für den abgeschlossen werdenden, wie für den abgeschlossenen Vertrag gilt, und dass, wenn dasselbe für den ersteren einige Bestimmungen gibt, die für den letztern anders geordnet sind, diese eben positive Ausnahmen von der Regel bilden.

[45]) Vgl. das bei Wehrmann S. 172 Not. 15 cit. U. des A.G. Köln v. 7. Apr. 1875.

Auftrag des Absenders bezw. Empfängers für die letzteren transportirt hat. In diesem Falle haftet er als Theilfrachtführer und ist als solcher persönlich verantwortlich.[46])

β. Ist der Rollfuhrmann nicht bahnamtlich bestellt, so ist weiter zu distinguiren:

αα. Setzt er den Eisenbahntransport fort, — und dies ist der Fall, wenn die Eisenbahn ausdrücklich oder reglementarisch den Transport bis zur Behausung des Destinatärs übernommen hat, so haftet er —, da er durch Uebernahme des Guts mit dem Eisenbahnfrachtbrief in den Eisenbahnfrachtvertrag und die dadurch begründeten Verbindlichkeiten eintritt, nach Art. 401 Abs. 2 nach Massgabe des im Frachtbrief angezogenen Reglements, was namentlich wichtig ist für die Befugniss, nach dem reglementarischen Normalsatz Schadenersatz zu leisten.[47]) Sind aber im Frachtbrief mehrere kollidirende Reglements in Bezug genommen, so haftet der Rollfuhrmann für die von den verschiedenen Eisenbahnen ausgeführten Transporte nach deren verschiedenen Reglements, für seinen eigenen Transport nach dem Reglement der letzten Bahn, weil als Strecke derselben nicht bloss der Weg über ihr eigenes Schienengeleise, sondern auch der Weg von der Station bis zum Empfänger zu gelten hat.

ββ. Führt der nicht bahnamtlich bestellte Rollfuhrmann dem Destinatär das Gut zu, ohne den Eisenbahntransport fortzusetzen, — und dies ist der Fall, wenn die Transportverpflichtung der Eisenbahn an der Station des Bestimmungsorts endigt —, so ist er blosser Theilfrachtführer, steht desshalb für den Eisenbahnstransport nicht ein und haftet für seinen eigenen Transport nach den gewöhnlichen allgemeinen Grundsätzen. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob der Empfänger den Rollfuhrman engagirt hat oder aber die Eisenbahn, weil die letztere in einem solchen Falle nur als Spediteur gehandelt hat.[48]) An diesem Verhältnisse wird dadurch nichts geändert, dass der Rollfuhrmann mit dem Frachtgut gleichzeitig den ursprünglichen Eisenbahnfrachtbrief entgegennimmt. Denn er thut dies nicht, um auf Grund desselben zu transportiren, sondern nur um ihn für den Destinatär in Empfang zu nehmen.[49])

γγ. Führt der nicht bahnamtlich bestellte Rollfuhrmann Gut vom Absender an den Bahnhof an, so thut er dies auf Grund eines mit dem Absender geschlossenen Theilfrachtvertrags und haftet desshalb nach den gewöhnlichen Frachtgrundsätzen. Er übernimmt nicht etwa den Transport nach Massgabe des ihm überlieferten Eisenbahnfrachtbriefs, da er letzteren nicht in dieser Absicht, sondern nur zu dem Zwecke entgegen nimmt, ihn der Eisenbahn zu über-

[46]) Den Beweis hat der Absender bezw. Empfänger zu führen. R.O.H.G. XXII 50 S. 222—224.

[47]) R.O.H.G. VII 27 S. 99—104. O.Trib. Berlin vom 13. Septbr. 1864 in Löhrs C.O. N. F. I S. 454—456. W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. VIII S. 454, 455, insb. Not. 8, X S. 66, 67 Not. 2 u. Eisenbahntransportrecht S. 54, 55 insb. Not. 8, S. 95, 96 Not. 2. Anschütz Art. 401 S. 442 Not. 1. Wolff a. a. O. S. 405, 406. A. M. Lincke in Buschs Arch. 4 S. 436—441.

[48]) Art. 430. Regl. § 65 Abs. 1 a. E.

[49]) Vgl. Eger II S. 54, 55. Theilweise unrichtig Wolff a. a. O. S. 406.

bringen, welche dann durch Abstempelung desselben einen neuen Frachtvertrag mit dem Absender eingeht.

5. Ist ein **Ladeschein** ausgestellt, so ist zu unterscheiden:

a. Sind die Frachtführer Theilfrachtführer, so ist jeder nur für den von ihm ausgestellten Ladeschein verantwortlich.

b. Konkurrirt ein Hauptfrachtführer mit einem oder mehreren Unterfrachtführern, so ist der Hauptfrachtführer für **seinen** Ladeschein verantwortlich, auch soweit der Transport durch Unterfrachtführer ausgeführt wird. Desshalb kann der Unterfrachtführer ohne Vollmacht die Ladescheinsbedingungen nicht zum Nachtheil des Hauptfrachtführers durch einen Vertrag mit dem Empfänger abändern.[50]) Aus dem Ladeschein des Hauptfrachtführers wird der Unterfrachtführer nicht verpflichtet.[51]) Hat derselbe aber selbst einen Ladeschein ausgestellt, so obligirt er dadurch nur sich, nicht auch den Hauptfrachtführer.[52])

c. Wird der Transport durch mehrere Sammtfrachtführer ausgeführt, so treten die späteren Frachtführer durch Uebernahme des Transports mit dem vom ersten Frachtführer ausgestellten Ladeschein oder mit dem auf den Ladeschein verweisenden Sammtfrachtbrief in die Verpflichtungen aus dem Ladeschein ein, so dass sämmtliche Sammtfrachtführer solidarisch (correaliter) für die Erfüllung der Ladescheinsobligation haften.[53]) Eine gleiche Sammtverbindlichkeit findet statt, wenn ein Binnenfrachtführer auf Grund eines Seekonnossements, sogen. **Durchkonnossements,**[54]) weiter transportirt, oder wenn ein Schiffer auf Grund eines Ladescheins den Transport zur See weiter ausführt.[55])

II. Jeder, durch dessen Hände das Frachtgut zur Bewerkstelligung des Transports geht, hat nach Massgabe seiner Transportleistung eine Forderung. Allein das Bestreben, die Zahlung der den einzelnen Spediteuren und Frachtführern zustehenden Forderungen zu vereinfachen, hat zu der Verkehrssitte geführt, dass der abliefernde Frachtführer neben seiner eigenen die Forderungen seiner sämmtlichen Vormänner in deren Namen einkassirt und dann jedem einzelnen das ihm Gebührende übermittelt. Noch einfacher gestaltet sich die Sache, wenn, wie dies sehr üblich ist, jeder Vormann von seinem unmittelbaren Nachmann sich bei der Ueberlieferung des Gutes an diesen für seine Forderung befriedigen lässt, der letztere dann diese Auslage nebst seinem Guthaben wieder von **seinem** Nachmann bei der Uebergabe des Gutes nachnimmt,

---

[50]) R.O.H.G. XXV 81 S. 342—344.

[51]) Arg. Art. 664 Abs. 1.

[52]) R.O.H.G. XVII 24 S. 101.

[53]) Goldschmidt S. 766 Not. 94 Nr. 7. Hahn Art. 419 § 2 S. 685, 686 Endemann S. 742 Text zu Not. 11. A. M. Gad I S. 300 Nr. 2.

[54]) Z. B. es wird Baumwolle von Memphis nach Moskau transportirt.

[55]) Selbstverständlich bekommen Binnenfrachtführer bezw. Schiffer nur die Kopieen vom Konnossement bezw. Ladeschein in die Hand. Ebenso selbstverständlich können dieselben auch als Unterfrachtführer den Transport weiterführen. Vgl. R.O.H.G. XVI 39 S. 136—139.

und so einer nach dem andern (Spesennachnahme), so dass schliesslich der abliefernde Frachtführer den Gesammtbetrag der den Vormännern geschuldeten und von ihm verauslagten Guthaben in eigenem Namen vom Empfänger einzieht. Auf diese Verkehrssitte reflektirt der Art. 410,[56]) indem er folgende Bestimmungen trifft:

1. Geht das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer, ohne dass der jeweils vorgehende von seinem Nachmann für sein Guthaben befriedigt wird, so hat der letzte Frachtführer bei der Ablieferung, sofern nicht der Frachtbrief das Gegentheil bestimmt, auch die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Forderungen der vorhergehenden einzuziehen und deren Rechte, insbesondere auch das Pfandrecht auszuüben.[57]) Der letzte Frachtführer hat also ein **gesetzliches und präsumtives Mandat,**[58]) welches ihn gleichzeitig zur Ausübung der Rechte der Vormänner nach aussen hin ohne weiteres **legitimirt.** Diese Präsumtion wird dadurch gebrochen, dass der Frachtbrief das Gegentheil bestimmt, d. h. dass ein vorgehender Frachtführer im Frachtbrief vorschreibt, es solle der letzte die Forderungs- und anderweitigen Rechte des vorgehenden Frachtführers nicht ausüben. In gleicher Weise kann der Vormann dieses präsumtive Mandat auch dadurch zurücknehmen, dass er durch eine Notifikation an den Empfänger dem abliefernden Frachtführer die Legitimation entzieht. Der Art. 410 Abs. 1 gibt dem letzten Frachtführer dieses präsumtive Mandat bloss gegenüber den vorhergehenden **Frachtführern**; desgleichen räumt der Art. 382 Abs. 3 ein solches Mandat dem Zwischenspediteur gegenüber den Vorspediteuren ein. Das H.G.B. sagt nichts davon, dass der letzte Frachtführer dieses Mandat auch gegenüber den vorgehenden **Spediteuren**, und dass der letzte Zwischenspediteur (Platzspediteur) dasselbe auch gegenüber den vorgehenden **Frachtführern** habe. Allein nach dem Geiste des Gesetzes ist Beides per analogiam anzunehmen.[59])

Im Einzelnen erstreckt sich das Mandat des letzten Frachtführers auf Folgendes:

a. **Er hat die Forderungen der Vormänner einzuziehen**, d. h. er muss deren Forderungsbeträge annehmen, wenn sie ihm vom Empfänger angeboten werden, und er muss sie einfordern, wenn sie ihm nicht angeboten werden. Er muss sie bei der **Ablieferung** einziehen, d. h. er muss sie eventuell durch Retention des Frachtguts geltend machen. Er darf dasselbe nicht ohne Bezahlung abliefern, widrigenfalls er den Vormännern verantwortlich ist. Doch muss er diese Forderungen nur in so weit einziehen, **als sie sich aus dem Frachtbriefe ergeben.**[60]) M. a. W. diese aus dem Frachtbrief sich ergebenden

---

[56]) Preuss. Entw. Art. 317. Entw. I. Les. Art. 345. Entw. II. Les. Art. 383. — Prot. S. 834, 835, 841—843, 1239, 1240, 1436—1439, 5103. — Span. H.G.B. Art. 228. Württemb. Entw. Art. 124. R.H.G.B. Tit. V Art. 47 Abs. 2. — Eger II S. 570—594.

[57]) Art. 410 Abs. 1.

[58]) Auch schon vor dem H.G.B. bekannt. Seufferts Arch. III. 196. W. Koch, Eisenbahnen II S. 140.

[59]) Vgl. auch Laband in Goldschmidts Zeitschr. IX S. 469—477.

[60]) Diese Massgabe muss auch bezüglich der Forderungen der vorgehenden Spedi-

Forderungen der Vormänner ruhen kraft Gesetzes als **Nachnahmen** auf dem Gute. Forderungen der Vormänner, die sich nicht aus dem Frachtbrief ergeben, hat der abliefernde Frachtführer nur zufolge eines ausdrücklichen Auftrags einzuziehen und bedarf desshalb dazu dem Empfänger gegenüber einer besondern Legitimation.[61])

b. Der letzte Frachtführer hat die **Rechte der Vormänner auszuüben,** insbesondere **das Pfandrecht** derselben. Dieses Pfandrecht besteht solange als das Pfandrecht des letzten Frachtführers.[62]) Demnach betrachtet das Gesetz den letzten Frachtführer (folgeweise auch überhaupt den das Frachtgut detinirenden Nachmann) als gesetzlichen Gewahrsamsvertreter der Vormänner. Er übt den Gewahrsam am Frachtgut für sich und gleichzeitig kraft Rechtssatzes auch für seine Vormänner aus.[63]) Da das Pfandrecht des letzten Frachtführers nach Art. 409 Abs. 1 auch noch nach der Ablieferung pendent fortdauert, so muss diese Fortdauer auch für das Pfandrecht der Vormänner und zwar nicht bloss der Frachtführer, sondern auch der Spediteure gelten, weil sonst der legislative Zweck des Fortbestandes jenes Pfandrechtes bei einem Transport durch mehrere Frachtführer und Spediteure thatsächlich vereitelt würde, indem der letzte Frachtführer aus Besorgniss des definitiven Erlöschens der Pfandrechte seiner Vormänner in Folge der Uebergabe des Guts sich dazu ohne vorausgegangene Befriedigung nicht bereit finden lassen würde.[64])

Die **Ausübung** der verschiedenen Pfandrechte der Vormänner kann nur unter den Voraussetzungen und nur in der Weise stattfinden, welche das Gesetz für jedes derselben vorgeschrieben hat. Die Ansicht,[65]) dass die Geltendmachung der sämmtlichen Pfandrechte auf demselben prozessualischen Weg, d. h. entweder nach Massgabe des Art. 310 oder aber nach Massgabe des Art. 407 stattfindet, je nachdem der Abliefernde Spediteur oder Frachtführer ist, hat weder innere noch äussere Gründe für sich und führt zu praktischen Unzuträglichkeiten. Auf der andern Seite kann der abliefernde Frachtführer aber auch das Pfandrecht nicht bloss wegen der aus dem Frachtbrief sich ergebenden Forderungen, sondern wegen aller Pfandforderungen der Vormänner geltend machen, und er muss es geltend machen, soweit ihm letztere bekannt gegeben sind, und zwar unter dieser Voraussetzung auch dann, wenn gar kein Frachtbrief ausgestellt

---

teure gelten, obschon sie wenigstens in Art. 382 Abs. 3 keinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat.

[61]) Vgl. Art. 402 Abs. 1. Puchelt Art. 410 Anm. 1 S. 398. A. M. Laband S. 477.

[62]) Art. 410 Abs. 4.

[63]) Vgl. über die Konstruktion dieses Verhältnisses Laband S. 460, 461: „umgekehrte accessio possessionis.“ Goldschmidt S. 960, 961 Not. 20. Hahn Art. 410 § 6 S. 670.

[64]) Die Wirksamkeitsdauer des Speditionspfandes gewinnt also dadurch, dass es einem Frachtführer zur Ausübung zusteht, sowie umgekehrt die Wirksamkeitsdauer des Frachtpfandes verkürzt wird, wenn es dem letzten Spediteur (Platzspediteur) zur Ausübung zusteht.

[65]) Laband S. 470, 462. Grünhut, Kommissionshandel S. 571. Eger II S. 581.

ist.[66]) Reicht der Erlös des Pfandverkaufs zur Befriedigung aller Pfandforderungen nicht aus, so werden dieselben nach Art. 411 rangirt.[67])

Von den anderen Rechten der Vormänner, welche der letzte Frachtführer neben dem Pfandrecht noch auszuüben hat, kommt besonders das **Retentionsrecht** und das **Recht aus Art. 407** in Betracht, letzteres namentlich dann, wenn kein Frachtbrief ausgestellt ist und der letzte Frachtführer seinem Vormann das Gut durch Deposition retiniren will.

Einreden gegen die Ansprüche der Vormänner können **vor** der Ablieferung nur in so weit mit Erfolg entgegengesetzt werden, als sie aus dem Frachtbrief selbst hervorgehen; andernfalls begründen sie ein Ablieferungshinderniss. **Nach** der Ablieferung dauern die Ansprüche[68]) der Vormänner selbständig nur noch in der Form der Pfandansprüche nach Art. 409 fort, und diesen können die Einreden opponirt werden.

Der abliefernde Frachtführer ist jedoch niemals verpflichtet, die Rechte der Vormänner zu seinem eigenen Nachtheil auszuüben. So braucht er keineswegs den Pfandverkauf vornehmen zu lassen wegen Nichtbefriedigung seiner oder seiner Vormänner Frachtansprüche, wenn er es seinem Interesse entsprechender erachtet, lieber gegen seinen Vormann zu regrediren. Seine Verbindlichkeit geht bloss dahin, dass er die Rechte seiner Vormänner am Gute durch Retention bezw. Deposition wahrt, und dass er das Gut nicht abliefert, ohne dabei **„auch“**[69]) **„zugleich“**[70]) die Rechte seiner Vormänner zu realisiren. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so haftet er denselben für allen Nachtheil, den sie dadurch erleiden, dass sie des Regresses gegen ihre Vormänner bezw. gegen den Absender verlustig gehen.[71]) Diese Haftung ist eine **gesetzliche**, eine **direkte**, d. h. allen Vormännern unmittelbar gegenüber bestehende, und eine **primäre**. Die Ansicht,[72]) dass die beschädigten Vormänner in erster Linie ihre nach Art. 412 gegenüber dem Empfänger fortbestehenden Ansprüche geltend machen müssten, und erst wenn von diesem keine Befriedigung zu erlangen ist, der abliefernde Frachtführer um Entschädigung angegangen werden könne, ist schon aus dem Grunde hinfällig, dass die Vormänner gar keinen direkten Anspruch gegen den Empfänger haben.

2. Ist der vorhergehende Frachtführer wegen seiner Forderungen von dem nachfolgenden befriedigt, so geht auf diesen von **Rechtswegen** Forderung und Pfandrecht des Vormanns über.[73]) Ganz dasselbe findet statt, wenn ein Spediteur von einem nachfolgenden Spediteur oder Frachtführer oder wenn ein

---

[66]) Selbstverständlich seine Legitimation vorausgesetzt. Eger II S. 578—580. Vgl. aber auch Laband S. 477. Hahn Art. 410 S. 668 Not. 3.

[67]) Laband S. 470.

[68]) Nicht: Forderungen, welche der Vormann als solcher gegenüber dem Empfänger niemals hat.

[69]) Art. 410 Abs. 1.

[70]) Art. 382 Abs. 3.

[71]) Art. 412. S. unten III.

[72]) Wehrmann S. 205.

[73]) Art. 410 Abs. 2; vgl. Art. 382 Abs. 4.

Frachtführer von einem nachfolgenden Zwischenspediteur befriedigt worden ist.[74]) Dieser gesetzliche Uebergang der Forderungs- und Pfandrechte der befriedigten Vormänner hat zum schliesslichen Erfolg, dass sich in den Händen des letzten Frachtführers bezw. des Platzspediteurs sämmtliche Forderungs- und Pfandrechte der Vormänner vereinigen. Gleichgültig ist es, ob die befriedigte Forderung sich aus dem Frachtbriefe ergibt oder nicht, ob überhaupt ein Frachtbrief ausgestellt ist oder nicht, und ob der ausgestellte ein durchgehender ist oder nicht.[75]) Dieser Uebergang stellt sich juristisch als eine **gesetzliche Cession** der einzelnen Forderungen der Vormänner mit ihren betreffenden Pfandrechten dar,[76]) so dass der Abliefernde ausser der in seiner Person entstandenen Forderung nebst deren Pfandrecht noch so viele auf ihn **übergegangene** Forderungen bezw. Pfandrechte in seiner Person vereinigt, als er Vormänner befriedigt hat. Daraus ergibt sich in Bezug auf die übergegangenen Pfandforderungen die praktisch wichtige Konsequenz, dass in Kollision mit andern gesetzlichen Pfandrechten (z. B. des Kommissionärs oder des unbezahlten vorgehenden Spediteurs oder Frachtführers) für jede derselben die Prioritätsgrundsätze des Art. 411 gesondert in Anwendung kommen und für jede die ihrer Herkunft entsprechende Pfandrealisirung stattfindet, und dass nicht etwa allen zusammen entweder bloss der Rang und die Behandlung des Frachtpfandes oder aber bloss der Rang und die Behandlung des Speditionspfandes zu Theil wird, je nachdem zufällig der Abliefernde Frachtführer oder aber Spediteur ist.[77])

Die herrschende Ansicht hat gegen die hier vertretene Konstruktion verschiedene Einwendungen erhoben, die sämmtlich unhaltbar sind. Man hat gesagt, die Annahme einer separaten Fortexistenz der einzelnen Forderungen der befriedigten Vormänner würde auch die Fortexistenz aller möglichen Einreden aus deren Personen nach sich ziehen und dem Empfänger eine so weit gehende Einredevertheidigung gewähren, wie sie mit den Interessen des Fracht- und Speditionsverkehrs unverträglich und desshalb auch nicht von der Verkehrssitte anerkannt sei. Allein die übergegangenen Forderungen sind gar

---

[74]) Art. 410 Abs. 3, Art. 382 Abs. 4.

[75]) So auch Laband S. 477 V. Puchelt Art. 410 Anm. 2, 4 S. 398, 399. Eger II S. 585, 588. Die Beschränkung Hahns (Art. 410 § 1 S. 668 Not. 3) auf den Fall des durchgehenden Frachtbriefs hat weder den Wortlaut des Gesetzes noch die Natur der Sache für sich, wohl aber den Zusammenhang des Art. 410 Abs. 2, 3 mit Art. 382 Abs. 4 und den Art. 409 gegen sich.

[76]) Höchst ungeschickt ist die Redaktion des Art. 410 Abs. 2: „Der vorgehende Frachtführer . . . überträgt auf diesen von Rechtswegen sein Forderungs- und sein Pfandrecht", statt sich so auszudrücken, wie Art. 382 Abs. 4: „So weit der Vormann . . . von dem Nachmann befriedigt ist, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns von Rechtswegen auf den Nachmann über." Denn durch das Befriedigtwerden überträgt der Befriedigte nichts, sondern nur durch einen Uebertragungsakt. Ein solcher liegt aber in seiner Person nicht vor; vielmehr ist es das ipsum jus, welches überträgt. Der Grund dieser schlechten Redaktion liegt in dem in den Prot. S. 1438 sub b gestellten Antrag.

[77]) A. M. Laband S. 468, 469. Eger II S. 590.

keine Forderungen gegen den Empfänger, sondern gegen den Absender. Gegen den Empfänger hat der Abliefernde vor der Annahme des Guts und des Frachtbriefs bezw. vor einem in anderer Form gegebenen Zahlungsversprechen keine **Forderung**, sondern nur die **Befugniss**, Befriedigung zu verlangen, wenn der Empfänger die Auslieferung des Guts haben will.[78] Der Empfänger kann desshalb zu dieser Zeit gar nicht in die Lage kommen, eine Einrede überhaupt, am allerwenigsten eine solche aus der Person eines Vormannes entgegenzusetzen. Durch die Annahme des Guts und Frachtbriefs bezw. durch ein anderweitiges Zahlungsversprechen entsteht allerdings eine Verbindlichkeit des Empfängers auf Zahlung nach Massgabe des Frachtbriefs bezw. des Zahlungsversprechens. Allein die dieser Verbindlichkeit korrespondirende Forderung des Abliefernden ist etwas Anderes, als die auf ihn übergegangenen Forderungen seiner Vormänner, obschon sie bis zu einem gewissen Umfange, nämlich nach Massgabe des Frachtbriefs bezw. des Zahlungsversprechens, deren Zweck in sich aufgenommen hat. Indem daher der Abliefernde jene gegen den Empfänger begründete selbständige Forderung geltend macht, macht er nicht auch die auf ihn übergegangenen gegen den Absender bestehenden Forderungen geltend. Und so kann auch in diesem Falle, wo es sich um die Realisirung einer Forderung handelt, mit welcher die Vormänner niemals etwas zu thun hatten, nicht von der Opponirung von Einreden die Sprache sein, welche aus den Personen der Vormänner entnommen sind. Aus denselben Gründen ist auch der zweite gegen unsere Auffassung gerichtete Einwurf unstichhaltig, dass nach der Cessionstheorie der Abliefernde dem Empfänger gegenüber die Richtigkeit der übergegangenen Forderungen vertreten müsste. Denn er macht eben diese Forderungen dem Empfänger gegenüber nicht geltend. Nur wenn er gegen den Absender regredirt, muss er die Richtigkeit dieser Forderungen darthun und sich Einreden aus den Personen seiner Vorgänger gefallen lassen, weil er dann wirklich deren Forderungen geltend macht. Allein er kann diesen Missstand dadurch vermeiden, dass er den Regress gegen seinen unmittelbaren Vormann nimmt, und ausserdem kann er dasjenige, was er bei der Regressnahme gegen den Absender in Folge solcher Einreden weniger erhalten hat, von dem entsprechenden befriedigten Vormann zurückverlangen, sei es mit einer Kontrakts- (actio praescriptis verbis), sei es mit einer Bereicherungsklage (condictio sine causa oder condictio causa data causa non secuta). Ebenso ungerechtfertigt ist der dritte Einwand der Gegner, dass die Annahme einer gesetzlichen Cession eine Denunziation des Abliefernden nothwendig mache, um die Vormänner auszuschliessen. Einer solchen bedarf es aber weder gegenüber dem Empfänger, denn er ist gar nicht debitor cessus; noch gegenüber dem Absender, denn diesem gegenüber ist nur derjenige legitimirt, welcher ihm mit dem Gute aufkommt oder welcher die Beweismittel in Händen hat, dass das Pfandrecht nach Art. 412 rechtzeitig geltend gemacht worden ist.

Während es demnach keinen stichhaltigen Einwand gegen die Cessions-

[78]) Art. 405.

theorie gibt, sprechen umgekehrt eine Reihe von Gründen gegen die herrschende Ansicht. Die Vertreter derselben[79]) sehen in der Befriedigung der Vormänner eine nützliche Verwendung (versio in rem) auf das Frachtgut bezw. auf den Transport desselben im Sinne des Art. 409 Abs. 1, wodurch auf der einen Seite die Forderungen der Vormänner getilgt werden, während auf der anderen Seite **ein selbständiges Forderungs- und Pfandrecht** für den Befriedigenden begründet wird. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, dass in der Zahlung von Nachnahmen und solchen im Frachtbrief nicht verzeichneten Forderungen der Vormänner, welche aus nützlichen Auslagen derselben herrühren, eine nützliche Verwendung auf das Gut bezw. auf den Transport des Gutes liegt; allein trotzdem ist die Ansicht der Gegner zu missbilligen. Sie widerspricht:

a. Dem Wortlaute des Art. 410 Abs. 2 und Art. 382 Abs. 4. Denn: „der Frachtführer . . . überträgt seine Forderung." bezw. „die Forderung geht über". bedeutet niemals: Der Frachtführer überträgt seine Forderung **nicht,** bezw. die Forderung geht **unter.**

b. Der Stellung des Abs. 4 des Art. 410. Nach Ansicht der Gegner könnte sich dieser Abs. 4 lediglich auf Abs. 1 und nicht auch auf Abs. 2 und 3 beziehen. Denn sind die Ansprüche der Vormänner durch die Befriedigung seitens des Nachmannes erloschen, so fehlt die Basis für die Fortdauer eines Pfandrechts.[80])

c. Der Ansicht und Absicht der Nürnberger Kommission.[81])

d. Dem praktischen Bedürfnisse, d. h. dem Regressrechte der Vormänner. Ist die Forderung des Vormanns in Folge ihrer Befriedigung seitens des Nachmanns untergegangen, so kann der erstere zwar gegen seinen Vormann auf Rückzahlung der ihm gezahlten Nachnahme Mangels Voraussetzung klagen, er kann aber wegen seiner eigenen Forderung für Fracht- und Nebengebühren nicht gegen den **Absender** regrediren, da diese Forderung eben untergegangen und gar kein Grund für ihr Wiederaufleben ersichtlich ist. Es verbliebe also nur eine Bereicherungsklage gegen den Absender, die jedoch offensichtlich dem praktischen Bedürfnisse nicht genügt. Und erst, wenn der letzte Frachtführer das Pfandrecht realisirt hat, aber dadurch seine Nachnahmezahlungen nicht vollständig gedeckt sind, und er nunmehr auf Rückzahlung des Ausfalls klagt? Setzt man dabei den Untergang der Pfandforderungen der Vormänner zur Zeit der Pfandrealisirung voraus, so ist eine Vertheilung des Pfanderlöses unter

---

[79]) Laband S. 467—469 und ihm folgend Hahn Art. 410 § 3—6 S. 647—670 im Widerspruch mit Art. 412 § 2 S. 673 „sei es als einfacher Mandatar, sei es als Cessionar der Vormänner (Art. 410 Abs. 1, 2);" theilweise auch Anschütz Art. 382 S. 412, 413 insb. Not. 35; Thöl S. 74; Eger II S. 583—592. — Puchelt Art. 410 Anm. 2, 4 S. 398, 399 findet in Art. 410 Abs. 2, 3 u. Art. 382 Abs. 4 eine gesetzliche Subrogation nach dem Muster des Code civ. art. 1249—1252, wodurch die Identität der Forderungen gewahrt bleibt.

[80]) Diese Konsequenz wird auch gezogen von Laband S. 477. Hahn Art. 410 § 6 S. 670. Eger II S. 592, 593.

[81]) Prot. S. 1436. Vgl. S. 835, 841.

die verschiedenen Vormänner unmöglich. Ein Zwischenspediteur, welcher dem Absender einen vom nachfolgenden Frachtführer nachgenommenen Vorschuss gemacht und gleichzeitig die vorgehenden Frachtführer befriedigt hat, könnte alsdann diese Befriedigungssumme Mangels Voraussetzung zurückfordern, ohne dass diesen die Einrede zustünde, dass der letzte Frachtführer wegen der von ihnen herrührenden Forderungen durch Ausübung der von ihnen herrührenden Pfandrechte gedeckt, also die Voraussetzung ihrer Abbezahlung eingetreten sei.[82])

III. Erhält der letzte Frachtführer vom Empfänger keine Bezahlung, so hat er den **Rückgriff**, und zwar gegen den Absender wegen sämmtlicher Forderungen, die er in seiner Hand vereinigt, ausser wenn er Unterfrachtführer ist, in welchem Falle er sich wegen seiner eigenen Ansprüche an den Hauptfrachtführer halten kann. Er kann aber auch gegen seinen unmittelbaren Vormann wegen der durch Vorlegung der Nachnahmen erworbenen Forderungen seiner Vormänner regrediren, wegen seiner eigenen Forderungen nur dann, wenn er als Unterfrachtführer mit demselben kontrahirt hat. Dagegen hat er gegen die mittelbaren Vormänner prinzipiell kein direktes Regressrecht, auch nicht dann, wenn er zu ihnen in einem Sammtfrachtverhältniss steht; nur gegen denjenigen mittelbaren Vormann kann er direkt regrediren, mit dem er als Unterfrachtführer direkt kontrahirt, oder gegen den er durch Nachnahmezahlung das Forderungsrecht eines anderen Unterfrachtführers erworben hat. In ganz ähnlicher Weise kann der Regressat seinerseits weiter regrediren: gegen den Absender wegen aller in seiner Hand vereinigten Forderungen mit Ausnahme der Unterfrachtforderungen; gegen seinen unmittelbaren Vormann wegen der durch Nachnahmezahlung seiner Zeit von ihm erworbenen und in Folge Rückerstattung der von seinem Nachmann bezahlten Nachnahme durch gesetzliche Rückcession zurückerworbenen Forderungen, sowie wegen seiner Unterfrachtforderung, falls der unmittelbare Vormann Hauptfrachtführer ist; gegen den mittelbaren Vormann dagegen nur wegen seiner etwaigen Unterfrachtforderung oder wegen der von andern Unterfrachtführern durch seinerzeitige Nachnahmezahlung erworbenen und vom regredirenden Nachmann durch Nachnahmerückzahlung zurückerworbenen Forderungen. Der Regress auf Rückzahlung der Nachnahmezahlungen beruht auf dem Prinzipe

---

[82]) Beispiel: Absender X übergibt dem Frachtführer A das Gut zum Transport; A nimmt vom Frachtführer B 20 als Fracht nach; B vom Spediteur Y diese 20 und seine Fracht von 30; Y macht gleichzeitig dem Absender X einen Vorschuss von 50 und nimmt diese 50, seine Spesen von 10 und die an B bezahlten 50, also im Ganzen 110 vom Frachtführer C nach; dieser die 110 und seine Fracht von 20 von D; D verdient 20 an Fracht und verkauft das Gut zu 100. Er kann also gegen C auf 50, und C gegen Y auf 50 regrediren. Bestanden die Forderungen von A und B zur Zeit der Pfandrealisirung nicht mehr, so kann Y gegen B auf 50 regrediren, da er ja diese 50 nur unter der Voraussetzung ihres Eingangs seitens des Empfängers oder mittels Pfandrealisirung vorgelegt hat, so dass er zu seinem Vorschuss kommt, während A und B trotz ihrer ehemaligen besseren Pfandrechte die verdiente Fracht verlieren, falls der Absender insolvent ist. Desshalb hat Hahn Art. 411 S. 671 Not. 2 die Aufstellung Puchelts Art. 411 Anm. 3 S. 400 nicht beseitigt.

der mangelnden Voraussetzung und ist desshalb entweder die actio praescriptis verbis oder die condictio causa data causa non secuta.

So ist die Sache theoretisch. Dagegen praktisch pflegt jeder Nachmann gegen seinen unmittelbaren Vormann vom letzten Frachtführer an bis hinauf zum Absender wegen aller Forderungen zu regrediren. Jeder Regressat schiesst alsdann seinem Regredienten dessen eigene Forderung in der Erwartung vor, dass die verauslagten Summen schliesslich vom Absender bezahlt werden. Geschieht dies nicht, so findet ein **Rückregress** von den Vormännern auf die Nachmänner statt.[83]) Eine rechtliche Verpflichtung zu diesem Vorschuss existirt nicht, ja nicht einmal eine dem Art. 410 Abs. 1 analoge Verpflichtung des ersten Frachtführers, die Forderungen der Nachmänner vom Absender einzuziehen und deren Pfandrechte auszuüben.

Der Rückgriff ist aber nicht allein dadurch bedingt, dass der letzte Frachtführer vergeblich unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers versucht hat, seine Bezahlung vom Destinatär zu erlangen, sondern auch dadurch dass er dem Vormann bezw. Absender mit dem Frachtgut aufkommen kann. Denn Fracht und Spesen ruhen auf dem Gut. Desshalb bestimmt Art. 412:[84]) **Wenn der letzte Frachtführer das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, so wird er des Rückgriffs gegen seine Vormänner verlustig; desgleichen verlieren die Vormänner, sowohl Frachtführer als Spediteure den Regress.**

1. Es fragt sich, was ist Rechtens, wenn der Frachtführer zwar innerhalb dreier Tage nach der Ablieferung das Pfandrecht gerichtlich geltend macht, aber das Gut sich nicht mehr beim Empfänger oder bei einem Besitzvertreter desselben befindet? Die gewöhnliche Ansicht geht dahin, dass dies dem Frachtführer nichts schade, da er die ihm obliegende Diligenz prästirt habe.[85]) Allein dagegen ist Folgendes zu bedenken. Einmal war nach der bis zur Emanation des H.G.B. bestandenen Rechtsanschauung der Regressanspruch nicht allein dadurch bedingt, dass der Frachtführer bei dem Versuche, vom Empfänger sein Guthaben zu bekommen, die nöthige Diligenz prästirte, sondern auch dadurch, dass er dem Vormann mit dem Gute aufkam. Dass der Gesetzgeber die zweite Bedingung habe fallen lassen wollen, widerspricht sowohl den Motiven zum Preuss. Entwurf, als dem Gang der Kommissionsberathung. Zwar wurde im Preuss. Entwurf Art. 318 der Retention des Guts die Geltendmachung des Pfandrechts binnen drei Tagen nach der Ablieferung gleichgestellt, aber nur in der Meinung, dass durch eine solche Geltendmachung im Erfolg die Sache in dieselbe Lage versetzt würde, als wenn die Auslieferung noch gar nicht stattgefunden hätte. Der Preuss.

---

[83]) Vgl. Eger II S. 619, 620.

[84]) Preuss. Entw. Art. 318. Entw. I. Les. Art. 346. Entw. II. Les. Art. 384. — Prot. S. 843—845, 1240, 4762—4765, 5104. Monit. 675. — Vgl. Art. 627. Eger II S. 611—656.

[85]) So Hahn Art. 412 § 1 S. 673. Puchelt Art. 412 Anm. 1 S. 401. Thöl S. 72, 73 („böser Rechtssatz"). Wehrmann S. 205. Eger II S. 631. A. M. Anschütz Art. 412 S. 458.

Entwurf verstand also unter Geltendmachung eine **wirksame** Geltendmachung, eine Geltendmachung, die zur Wiedererlangung des Frachtguts führt. Und nichts in den Protokollen spricht dafür, dass die Kommission anderer Ansicht gewesen sei, insbesondere dass sie die Zulässigkeit des Regresses bloss von der Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers bei Einziehung des Guthabens habe abhängig machen wollen; vielmehr drehte sich der Streit lediglich darum, ob der Regress schon mit der Ablieferung abgeschnitten und die Beziehungen der Frachtführer zum Absender vereinigt, oder aber ob noch über die Ablieferung hinaus wegen der Erstreckung des Pfandrechts nach Art. 409 Abs. 1 die Regressmöglichkeit offen sein und in Folge davon der Absender in ungeklärten Verhältnissen verbleiben sollte.[86]) Die materielle Voraussetzung des Regresses, dass der Frachtführer dem Absender mit dem Gute aufzukommen habe, kam nicht zur Debatte und sollte nicht beseitigt werden. Eine solche einschneidende Aenderung des bisherigen Rechts lag den Absichten der Kommission fern. Mit diesem Resultat stimmt auch eine unbefangene Interpretation des Wortlauts des Art. 412 überein. Denn die Geltendmachung des Pfandrechts setzt die **Existenz** desselben voraus; ist das Pfandrecht erloschen, weil vor seiner Geltendmachung das Frachtgut in dritte Hände übergegangen ist, so kann von einer Geltendmachung desselben nicht mehr die Rede sein. Gegen diese Erklärung kann auch nicht der legislative Grund für die in Art. 409 statuirte Erstreckung des Pfandrechts angeführt werden. Diese Erstreckung geschah allerdings zum Schutze des Frachtführers gegenüber anderen Pfandgläubigern bei unbezahlter Auslieferung des Guts, aber sie geschah nicht zur Beeinträchtigung der Rechte des Absenders. Es soll demselben durchaus nicht das Risiko einer Ablieferung ohne Bezahlung aufgebürdet werden; vielmehr kreditirt der Abliefernde dem Empfänger auf seine eigene Gefahr. Fassen wir nach dieser Ausführung die Bestimmung des Art. 412 positiv, so lautet dieselbe: Der letzte Frachtführer hat wegen nicht erfolgter Befriedigung seiner Ansprüche durch den Empfänger den Regress gegen die Vormänner, falls er dem Regressaten mit dem Gute aufkommt, d. h. falls er entweder das Gut gar nicht an den Empfänger ausgeliefert, oder es zwar ausgeliefert, aber das ihm trotzdem **gewahrte** Pfandrecht binnen drei Tagen nach der Auslieferung gerichtlich geltend gemacht hat. Denn die Ausübung des Pfandrechts verschafft ihm den Gewahrsam des Gutes wieder oder sichert doch dem Absender den Werth desselben. „Das Motiv dieser Bestimmung des Art. 412 kann nicht zweifelhaft sein; so lange der Frachtführer im Besitz der Waare bleibt resp. das Pfandrecht an derselben ausübt, sind **alle** bei dem Frachtgeschäft betheiligte Personen wegen ihrer aus dem Frachtgeschäfte entsprungenen Ansprüche gesichert.“ [87]) Nur ein von dem letzten Frachtführer nicht zu vertretender Untergang oder Verlust des Gutes, sei es in seinen, sei es in des Empfängers oder dessen Besitzvertreters Händen, befreit ihn von der Verpflichtung, mit dem Gute aufzukommen.[88])

---

[86]) Vgl. insb. Hamb. Monit. 475.

[87]) O.Trib. Berlin v. 26. April 1870 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 582, 583.

[88]) Vgl. R.O.H.G. XIX 67 S. 216—218.

2. Es fragt sich weiter, wegen **welcher** Forderungen geht der Regress verloren? Keinem Zweifel unterliegt es, dass Art. 412 nur an Forderungen denkt, die der Frachtführer gegenüber dem Empfänger geltend machen kann und soll, so dass Ansprüche, die ein Frachtführer bloss gegen den andern hat, wie der Regress wegen Ersatzleistung für den von einem andern Frachtführer verursachten Schaden, aussenvor bleiben. Innerhalb dieser Abgrenzung herrscht aber Streit. Die Einen sagen: bloss wegen der **pfandberechtigten** Forderungen und auch wegen dieser nur soweit, als der Frachtführer durch Realisirung des Pfandrechts sich hätte rechtlich und faktisch, d. h. dem Werthe des Gutes nach, befriedigen können.[89]) Andere sagen: nur wegen Forderungen **aus dem Frachtvertrage,** also z. B. nicht wegen Bereicherungsansprüche, jedoch wegen dieser Vertragsforderungen ganz und nicht bloss so weit, als sie aus dem Frachtgut Befriedigung hätten erlangen können.[90]) Die Wahrheit liegt in der Mitte. Der Regress geht nicht bloss für pfandberechtigte Forderungen verloren, sondern für alle Forderungen aus dem Frachtgeschäfte, welche in Folge Retention des Guts oder Geltendmachung des Pfandrechts aus dem **Werthe** des Gutes hätten gedeckt werden können. Denn hätte der Frachtführer durch Nichtablieferung oder durch Geltendmachung des Pfandrechts das Gut retinirt, so stünde dessen voller Werth für die Befriedigung der Ansprüche zur Verfügung. Desshalb kann der Regredient seine Regressklage nicht nur durch den Nachweis begründen, dass das Gut zur Verfügung des Regressaten stehe, sondern auch durch den Nachweis, dass trotz der Ablieferung des Guts an den Empfänger der Regressat keinen Schaden erlitten habe, weil das Gut gänzlich werthlos oder sein Werth zur Deckung der vom Regredienten geltend gemachten Regressforderung nicht ausreichend gewesen wäre.

3. Es fragt sich sodann, gegen **wen** geht der Regress verloren? oder vielmehr, da Art. 412 die Vormänner als mögliche Regressaten bezeichnet, wer sind diese **Vormänner?** Da dieser Ausdruck nur noch in Art. 310 Abs. 4 vorkommt, und da dieser Artikel unter Vormännern die vorausgehenden Frachtführer und Spediteure versteht, so könnte man die nämliche Bedeutung auch für Art. 412 vindiziren wollen. Allein sowohl aus den Kommissionsberathungen[91]) als auch aus dem Inhalt des Art. 412 selbst ergibt sich, dass unter den Vormännern der **Absender** mitverstanden werden muss,[92]) dagegen nicht der blosse Versender.[93])

---

[89]) Hillig S. 46. Eger II S. 629, 634—639, 642, 643, 645.

[90]) Puchelt Art. 412 Anm. 3 S. 402. Das scheint auch die Ansicht Hahns Art. 412 § 3 S. 674 zu sein.

[91]) Preuss. Entw. Art. 318: „des Rückgriffs gegen den Versender verlustig". Prot. S. 843—845.

[92]) Wenn der Art. am Ende sagt: „der Anspruch gegen den Empfänger bleibt in Kraft", so geht daraus hervor, dass der Anspruch gegen den Absender ebenfalls erloschen ist. Und wenn die vorgehenden Frachtführer und Spediteure ohne weitere Distinktion ihr Rückgriffsrecht verlieren, so verliert es auch der erste Frachtführer, und dieser hat es nur gegen den Absender.

[93]) Hahn Art. 412 § 3 a. E. S. 674 u. Not. 2. Eger II S. 643—645.

4. Schliesslich erübrigt noch die Beantwortung der Frage, ob das Rückgriffsrecht **subsidiär** ist oder nicht, d. h. ob der letzte Frachtführer nur dann und nur so weit regrediren kann, wenn er zuvor das Pfand realisirt und soweit ihn dabei ein Ausfall betroffen hat, oder aber ob er sofort auch ohne Pfandrealisirung den Regress ergreifen kann, falls er nur dem Regressaten mit dem Gute aufkommt? Nichts spricht **für** die erste Alternative, nicht Art. 406 und nicht Art. 410. Der letzte Artikel verpflichtet den Frachtführer zur Ausübung des Pfandrechtes der Vormänner nur unter der Voraussetzung, dass er sein eigenes Pfandrecht ausübt, zur Ausübung seines eigenen Pfandrechtes verpflichtet ihn der Artikel aber nicht. Ebenso wenig thut dies Art. 406. **Gegen** die erste Alternative spricht das Interesse des Absenders, welches gegen Verschleuderung des Frachtguts gesichert werden muss; dagegen ferner die in Art. 407 dem Richter eingeräumte Befugniss, nach Lage der Sache den Pfandverkauf zu versagen, und dagegen schliesslich die nach diesem Artikel eingeräumte Depositionsbefugniss. Selbstverständlich **kann** der letzte Frachtführer das Pfandrecht realisiren, und dann steht ihm der Regress wegen des Ausfalls offen.[94])

5. Das Rückgriffsrecht, wie es in Art. 412 gestaltet ist, hat das Bedenkliche, dass der Absender während eines langen Zeitraums dem Regresse ausgesetzt bleiben kann, nämlich wenn über die Geltendmachung des Pfandrechts ein Prozess sich erhebt, während der ganzen Dauer dieses Prozesses. Diesem Missstand kann er nur dadurch entgehen, dass er im Frachtbrief ausdrücklich anordnet, das Gut nur gegen Bezahlung der Fracht- und Nebengebühren abzuliefern, oder wenn es wegen der Geltendmachung des Pfandrechts zum Prozesse kommt, ihn schleunigst davon zu benachrichtigen. Kommt dann der letzte Frachtführer dieser Auflage nicht nach, so hat er sofort den Regress verloren.[95])

6. Der Verlust des Regresses entzieht dem Abliefernden nicht die Möglichkeit, aus einem andern Rechtsgrunde als dem Frachtvertrage eine Klage gegen den Absender anzustellen, namentlich eine Bereicherungsklage.[96]) Ausserdem **bleibt immerhin der Anspruch gegen den Empfänger in Kraft,**[97]) insoweit ein solcher durch Annahme des Guts und Frachtbriefs oder durch ein in anderer Form gemachtes Zahlungsversprechen begründet ist.[98]) Doch hat nur der Abliefernde selbst diesen Anspruch gegen den Empfänger, nicht auch die Vormänner, wenn ihnen derselbe nicht vom Abliefernden cedirt worden ist. Ein

---

[94]) Vgl. R.O.H.G. XIX 67 S. 217, 218. Oesterr. Ob.Ger. vom 7. Jan. 1880 in der A. Oesterr. Gerichtsz. 1880 S. 51, 52. A. M. O.Trib. Berlin vom 12. Mai 1870 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 560, 561. Wehrmann S. 206. Eger II S. 646–651.

[95]) Prot. S. 4765. W. Koch, Eisenbahntransportrecht S. 83. Anschütz Art. 412 S. 458. Wehrmann S. 206 Not. 10. Eger II S. 639, 642.

[96]) Der in der Kommission gestellte Antrag, dem Frachtführer den Bereicherungsanspruch ähnlich wie nach Art. 627 Abs. 2 ausdrücklich im Gesetze zu wahren, wurde als selbstverständlich abgelehnt. Prot. S. 845, 4765. Hahn Art. 412 § 3 S. 674, 675.

[97]) Art. 412 S. 2. Eger II S. 651–656.

[98]) Art. 406 u. o. § 346 II 2 S. 409 ff.

direkter Anspruch der Vormänner würde einen Vertrag zu Gunsten Dritter voraussetzen, und von einem solchen kann nicht die Rede sein, da er von keiner Seite intendirt ist. Auch die zur Erklärung des Art. 406 aufgestellte und von uns reprobirte Anweisungstheorie führt zu keinem direkten Anspruch der assignirenden Vormänner gegen den assignirten Empfänger, weil die acceptirte Anweisung bloss auf Zahlung an den **letzten Frachtführer** gerichtet wäre, indem sich sämmtliche Anweisungen auf die des vorletzten Frachtführers zu Gunsten des letzten konzentriren würden.[99]) Noch weniger ändert an diesem Resultat der Art. 410 Abs. 1 etwas. Denn wenn darnach der letzte Frachtführer auch zur Einziehung der Forderungen und zur Realisirung der übrigen Rechte der Vormänner bei der Ablieferung verpflichtet ist, so liegt ihm doch nicht die Verbindlichkeit ob, Verträge im Namen derselben abzuschliessen, wodurch neue Forderungen begründet werden.[100])

§ 350.

10. Die Kollision der Pfandrechte am Frachtgut.

I. Nach Art. 374 Abs. 1. dauert das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs und nach Art. 382 Abs. 1 das des Spediteurs so lange, als diese Personen über das Kommissions- bezw. Speditionsgut verfügen können. Da einerseits diese Verfügungsgewalt nicht voraussetzt, dass der Pfandgläubiger den Gewahrsam des Pfandobjekts hat, sondern es genügt, wenn ein anderer für den Pfandgläubiger detinirt, wie z. B. der Spediteur oder Frachtführer für den Kommissionär oder der Frachtführer für beide, oder wenn der Pfandgläubiger mittels Dispositionspapiere, z. B. der Kommissionär mittels Konnossemente oder Ladescheine verfügen kann;[1]) und da anderseits das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers möglicherweise noch nach der Ablieferung fortdauert, welche Ablieferung auch an einen Kommissionär oder Spediteur geschehen kann: so lassen sich Fälle denken, in denen die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs und Spediteurs noch fortbestehen, obschon die Waaren in der Hand des Frachtführers sich befinden, oder wo das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers noch fortbesteht, obschon die Waaren der Verfügungsgewalt von Kommissionären oder von Spediteuren unterliegen.[2]) Ausserdem ist es möglich, dass die gesetzlichen Pfandrechte verschiedener Spediteure und verschiedener Frachtführer zu gleicher Zeit neben einander bestehen, falls nämlich das Gut successive durch ihre Hände gegangen ist, indem in diesem Falle die Pfandrechte der

---

[99]) Statt an mich, leiste Empfänger an meinen Nachmann, den letzten Frachtführer.

[100]) A. M. Wehrmann S. 205. Eger II S. 655, 656.

[1]) Der Kommissionär nicht bloss als Absender, sondern auch als Empfänger, wenn er im Voraus die Dispositionspapiere empfangen hat. Desshalb fasst Hahn Art. 411 § 1 S. 671 die Bedeutung des Art. 411 zu eng, wenn er denselben auf den Fall einschränkt, dass die Vormänner oder ein Vormann nicht befriedigt sei.

[2]) Prot. S. 856, 860, 5104. Vgl. auch Laband in Goldschmidts Zeitschr. IX S. 477, 478. Hahn Art. 313 § 13 S. 180, 181.

Vormänner so lange bestehen bleiben, als das Pfandrecht des letzten Frachtführers bezw. Platzspediteurs, gleichgültig ob die Vormänner befriedigt sind oder nicht.[3]) Die Kollision, die dadurch im Falle der Insuffizienz des Pfandobjekts entstehen kann, wird auf Grundlage der allgemeinen Prioritätsprinzipien der Verwendung und des Altersvorzugs durch den Art. 411 [4]) gelöst. Dieser Art. stellt **zwei Rangklassen** der gesetzlichen Pfandrechte in der Weise auf, dass sämmtliche Pfandrechte der ersten Klasse zur Befriedigung gekommen sein müssen, ehe die der zweiten Klasse zum Zuge kommen; die ganze erste Klasse geht also der ganzen zweiten Klasse vor.

1. In der **ersten** Klasse stehen die Pfandrechte, welche durch die **Versendung** oder durch den **Transport des Guts** entstanden sind. Nach der ratio legis sollen an erster Stelle alle Forderungen befriedigt werden, die sich unter den Gesichtspunkt der in rem versio, der nützlichen Verwendung auf das Gut oder den Transport des Guts, subsumiren lassen. Sie müssen gemacht worden sein, um das Gut zu konserviren oder um seinen Werth zu erhöhen durch Verbringen an seinen Bestimmungsort; denn je mehr sich das Gut seinem Bestimmungsort nähert, um so werthvoller wird es.[5]) Im Einzelnen gehören hierher:

a. Die Forderungen des **Spediteurs** für die **Versendung des Guts**. Darunter fallen dessen Forderungen wegen der **Fracht**, der **Provision**, der **Auslagen, Kosten** und **Verwendungen**,[6]) dagegen nicht die Forderungen wegen der auf das Gut geleisteten **Vorschüsse**.[7]) Ebenso wenig fallen unter die erste Klasse die Forderungen des Spediteurs wegen der an die Vormänner gezahlten **Nachnahmen**, insoweit die letztern pfandberechtigte **Vorschüsse** auf das Gut enthalten. Denn diese Forderungen sind keine in der Person des Spediteurs neu entstandenen, sondern nur die auf ihn übergegangenen Forderungen der Vormänner mit ihren Pfandrechten, und beider Qualifikation kann sich in Folge dieses Uebergangs nicht ändern.[8])

b. Die Forderungen des **Frachtführers** für den **Transport** des Guts, und insoweit derselbe gleichzeitig als Spediteur fungirt, auch seine Forderungen für die **Versendung** des Guts. Einfache **Werthvorschüsse** des Frachtführers

---

[3]) Art. 410. Puchelt Art. 411 Anm. 3 S. 400, 401. A. M. Laband S. 481. Hahn Art. 411 § 1 S. 671.

[4]) Derselbe wurde erst in III. Les. auf Grund des Württemb. Monit. 399 b (Beilageb. zu Prot. 548—589 S. 85, 86) und nach dem Vorgang des R.H.G.B. Tit. V Art. 53 beschlossen. Prot. S. 855, 856, 859—861, 4625, 4626, 5103, 5104. — Vgl. zu Art. 411 insb. Laband S. 477—482. Eger II S. 595—610.

[5]) Prot. S. 861, 4625.

[6]) Art. 382 Abs. 1.

[7]) Art. 411.

[8]) A. M. Laband S. 479. Anschütz Art. 411 S. 457 Nr. 2, Eger II S. 605 als Konsequenz ihrer Konstruktion des in Art. 410 Abs. 2, 3 statuirten Forderungsübergangs; merkwürdiger und inkonsequenter Weise auch Puchelt Art. 411 Anm. 2 S. 400. Dass unter den in Art. 411 erwähnten Vorschüssen des Spediteurs nicht auch die vom abbezahlten Vorspediteur gegebenen verstanden werden können, ist petitio principii.

geniessen kein Pfandrecht und kommen desshalb gar nicht in Betracht. Dagegen Forderungen wegen **verauslagter Nachnahmen** sind in dieser Klasse zu lociren, insoweit die letztern Transport- und Versendungskosten der Vormänner umfassen, dagegen in der folgenden Klasse, insoweit sie aus pfandberechtigten Vorschüssen von Vormännern bestehen.[9])

c. Die Forderungen des **Kommissionärs,** insofern dieselben durch die **Versendung** oder durch den **Transport** des Guts entstanden sind, also z. B. durch Verwendungen für Verpackung, Umpackung, Verladung, Lagerung u. s. w.[10])

Nach dem Prioritätsprinzip der in rem versio geht in der ersten Klasse das später entstandene Pfandrecht dem früher entstandenen vor, weil die Waare um so mehr an Werth gewinnt, je weiter sie vom Abgangsorte weg in die Nähe ihres Bestimmungsorts gelangt, und es desshalb der Natur der Verhältnisse ganz entsprechend ist, dass derjenige den Vorrang vor Anderen hat, welcher die Werthserhöhung durch seine Leistung bewirkte.[11])

2. In der **zweiten** Klasse stehen alle nicht unter die erste Klasse fallenden gesetzlichen Pfandrechte und zwar:

a. Das Pfandrecht des **Kommissionärs** wegen **aller seiner pfandberechtigten Forderungen** mit Ausnahme der durch die Versendung oder den Transport des Guts entstandenen, also insbesondere wegen der Auslagen für das Gut, wegen Provision, wegen Werthvorschüsse und Darlehen u. s. w.[12])

b. Das Pfandrecht des **Spediteurs** für **Vorschüsse,** einerlei ob eigene oder Vorschüsse der Vormänner.[13])

c. Das vom abbezahlten Vormann durch den **Frachtführer** erworbene Pfandrecht für **Vorschüsse.**[14])

Unter den Pfandrechten der zweiten Klasse geht nach der allgemeinen Prioritätsregel „prior tempore potior jure" das früher entstandene Pfandrecht dem später entstandenen vor. Doch hat selbstverständlich im einzelnen Falle diese Regel nur in so weit Geltung, als nicht das zwischen zwei konkurrirenden Pfandgläubigern bestehende Rechtsverhältniss diese Reihenfolge nach Massgabe des bürgerlichen oder des Handelsrechts ausschliesst.[15])

---

[9]) A. M. wieder Laband S. 478, 479. Anschütz a. a. O. Nr. 1. Eger II S. 604, 605.

[10]) Art. 374 Abs. 1. Goldschmidt S. 1027. Hahn Art. 411 § 3 S. 671. Eger II S. 603, 605, 606. A. M. Laband S. 479, Anschütz Art. 411 S. 457 u. Puchelt a. a. O. Anm. 2 S. 400, welche den Kommissionär ganz in die zweite Klasse verweisen.

[11]) Prot. S. 861, 4625, 4626, 5103, 5104. L. 5, 6 D. qui potiores (20,4).

[12]) Art. 374 Abs. 1. Die Ansicht Hahns Art. 411 § 2 S. 671, dass Art. 411 nur zwischen Forderungen, welche durch die Versendung und den Transport des Guts und solchen, welche aus der Gewährung von Vorschüssen entstanden sind, unterscheide, beruht auf irrthümlicher Konstruktion des Satzes: „Diese Pfandrechte haben sämmtlich den Vorrang vor dem Pfandrechte des Kommissionärs und vor dem Pfandrechte des Spediteurs für Vorschüsse." Vgl. Eger II S. 608, 609.

[13]) A. M. Laband S. 479 Nr. 2. Eger II S. 609 Nr. 2.

[14]) A. M. Laband S. 478, 479.

[15]) Art. 306 Abs. 2. Prot. S. 5104. Laband S. 481. Goldschmidt S. 1027 Not. 41 u. Text. Anschütz a. a. O. Hahn Art. 411 § 3 a. E. S. 672. Eger II S. 609, 610.

III. Das Eisenbahntransportgeschäft.[1])

§ 352.

A. Das Eisenbahnrecht.[2])

I. Die Eisenbahnen betreiben Personen- und Gütertransport. Für beide Transportarten gelten prinzipiell die allgemeinen handels- bezw. civilrechtlichen Transportgrundsätze. Doch ist das System des allgemeinen Transportrechts im Interesse des Verkehrs und zum Schutze des Publikums durch Statuirung einer Reihe absoluter Sätze durchbrochen, welche in ihrer Verbindung das spezifische Eisenbahnrecht ausmachen. Diese singulären Vorschriften gelten aber nur für **öffentliche** Eisenbahnen, d. h. für solche, welche dem Publikum zur Benutzung für den Personen- oder Gütertransport eröffnet sind.[3]) Einerlei ist es, wem die Eisenbahn gehört, ob dem Staate oder einer juristischen Person oder einer Gesellschaft oder einer physischen Person; einerlei ist es auch, zu welchem Rechte sie diesen Personen zusteht, ob zu Eigenthum oder zu Pacht u. dgl. Denn der gesetzliche Begriff der öffentlichen Eisenbahn ist überall gegeben, wo

---

[1]) Literatur: Ausser den oben in § 336 Not. 1 angeführten gleichzeitig das Eisenbahnrecht behandelnden Schriften und Abhandlungen von Kuhn, Koch, Eger, Wehrmann, Thöl sind noch anzuführen: Schmeidler, Geschichte des deutschen Eisenbahnwesens, Leipzig 1871. — Stürmer, Geschichte der Eisenbahnen, 2 Th. Bromberg 1872, 1876. — — Knies, Die Eisenbahnen und ihre Wirkungen, Braunschweig 1853. — Sax, Die Verkehrsmittel II. Die Eisenbahnen, Wien 1879. — — Rösler, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts I § 419—431 S. 431—461. Erlangen 1873. — Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs I S. 341—343, 380. 381. II S. 358—379. Tübingen 1876, 1878. — — W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen 2 Abth. Marburg 1858, 1860. — Beschorner, Das deutsche Eisenbahnrecht. Erlangen 1858. — Goldschmidt, Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr in seiner Zeitschr. IV S. 569 - 660 (1860). — Otto, Ueber die Haftpflicht der Eisenbahnen im Württemb. Arch. IV S. 83—135 (1861). — Hillig, Das Frachtgeschäft der Eisenbahnen, Leipzig 1864. — Bessel u. Kühlwetter, Das preussische Eisenbahnrecht 2 Th. Köln 1855. 1857. — Michel, Oesterreichs Eisenbahnrecht, Wien 1860. — — Dutry van Haeften. De Sporwegwetgeving, Leiden 1863. — Bédarride, Des chemins de fer 2 t. (Droit commercial t. 19, 20) Paris 1879.

[2]) Endemann, Die Rechtsgrundlagen des Eisenbahntransportgeschäfts in Buschs Arch. 42 S. 191—290.

[3]) Vgl. Art. 422. R.O.H.G. XXI 19 S. 60. Ueber die doppelte Bedeutung des Begriffs „Eisenbahn" in Art. 422 als Transportanstalt und als Inhaber derselben s. Hahn Art. 422 § 1 S. 699.

ein Transportant das Transportgewerbe vermittels eines Schienenstrangs öffentlich ausübt. Dagegen kommt für nicht öffentliche Eisenbahnen (Privat- und Industriebahnen) das spezifische Eisenbahnrecht nicht in Anwendung, sondern nur das gewöhnliche handels- bezw. civilrechtliche Transportrecht.

II. Das besondere Eisenbahnrecht beruht theils auf dem **H.G.B. IV. Buch 5. Tit. 2. Abschnitt,**[4]) theils auf dem **Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands** vom $\frac{11.\ \text{Mai}}{1.\ \text{Juli}}$ 1874 nebst seinen späteren Abänderungen.[5]) Der schon im Jahre 1870 gemachte Anlauf, ein einheitliches Gesetz über das gesammte Eisenbahnwesen zu schaffen, ist bis jetzt nicht über das Vorstadium des Entwurfs hinausgekommen.[6])

Das **„Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands“** vom 11. Mai 1874 entspricht dem „Betriebsreglement für die Eisenbahnen im Norddeutschen Bunde“ vom 10. Juni 1870. Dasselbe wurde in Ausführung des Art. 45 der Reichsverfassung vom Bundesrath des Deutschen Reichs beschlossen, im Centralblatt für das Deutsche Reich [7]) publizirt und Beschluss und Publikation durch den Reichskanzler im Reichsgesetzblatt bekannt gemacht.[8]) Später wurde es durch die ebenfalls im Centralblatt publizirten Bekanntmachungen des Reichskanzlers vom 6. April und 29. Dezember 1876, vom 7. Dezember 1877, vom 30. April 1878, vom 13. Juli 1879, vom 13. Juni 1880, vom 1. März und 5. Juli 1881, vom 30. März 1882, vom 20. März und vom 15. April 1883 modifizirt. Da das Bundesrathsreglement nebst Abänderungen auch in Bayern durch Königl. Verordnung vom 2. Juni 1874 publizirt ist, so gilt dasselbe im ganzen Deutschen Reich. Inhaltlich gleich ist ausserdem sowohl das **Oesterreichisch-Ungarische** Reglement vom $\frac{10.\ \text{Juni}}{1.\ \text{Juli}}$ 1874, als auch das **Betriebsreglement des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen** vom 1. Januar 1881.

Die juristische Natur des vom Bundesrathe beschlossenen deutschen Betriebsreglements ist bestritten. Während das R.O.H.G. durch Urtheil vom 4. Mai

---

[4]) Dieser Abschnitt kam nur unter heftigem Widerstand seitens der Eisenbahnverwaltungen und erst bei der dritten Lesung zu Stande. Vgl. Entw. I. Les. Art. 339. Prot. S. 827—830. Entw. II. Les. Art. 376. Prot. S. 1230—1232. Betreffs der jetzigen Fassung Prot. S. 4689—4692, 4700—4702, 4778—5043. Monit. 449—454. Ueber die Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit derartiger gesetzlicher Beschränkungen s. G. Vogt in der deutsch. Vierteljahrschr. XXII (1859) S. 1—63.

[5]) Bisher und fernerhin deutsches Reglement oder Reglement schlechthin genannt. — Das Bahnpolizeireglement v. 4. Januar 1875 (Centralblatt 1875 S. 57 ff.) hat nur mittelbare Bedeutung für den Personentransport.

[6]) „Entwurf eines Reichseisenbahngesetzes aufgestellt im Reichs-Eisenbahnamt“ Berlin 1874. Ein „Vorläufiger Entwurf eines Reichseisenbahngesetzes“ Berlin 1875 beschränkte sich auf die Normirung der öffentlich rechtlichen Seite des Eisenbahnwesens. Beide Entwürfe sind bei Seite gelegt.

[7]) Jahrg. 1874 Nr. 41 S. 179 ff. Dazu Ruckdeschel, Kommentar zum Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands und Oesterreich-Ungarns, Weiden 1880; Derselbe in Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 327—340.

[8]) R.G.Bl. 1874 S. 84 Nr. 1005.

1871 aussprach, dass das Norddeutsche Betriebsreglement vom 10. Juni 1870 „gemäss Art. 45 der Bundesverfassung als Gesetz erlassen" sei,[9]) findet derselbe Gerichtshof nach seinem Urtheil vom 30. November 1875[10]) in den Bestimmungen dieses selben Reglements nur „**Verwaltungsvorschriften** für die Eisenbahnverwaltungen", und zieht daraus die Konsequenz, dass die darin enthaltenen Transportbestimmungen nicht als Rechtsnormen, sondern nur als „Vertragsbestimmungen" im konkreten Falle zur Anwendung kämen. Und dieser Ansicht sind fast alle Staatsrechts- und Handelsrechtsschriftsteller[11]) gefolgt. Allein diese Auffassung wird entschieden der Absicht des Bundesraths nicht gerecht. Dass derselbe keine Verwaltungsvorschriften für die Eisenbahnen, sondern eine **gesetzvertretende Verordnung** hat schaffen wollen, geht aus Inhalt und Sprachweise des Reglements hervor, insbesondere daraus, dass dasselbe nicht bloss die Rechte und Pflichten der Eisenbahnen, sondern auch die Rechte und Pflichten des Publikums bestimmt und sogar Strafsanktionen enthält. Auch würde der Zweck des Bundesraths, dem Publikum die Vortheile des Eisenbahnverkehrs allgemein zugänglich zu machen und dasselbe gegen willkürliche Bedrückungen der Eisenbahnen zu schützen, durch Verwaltungsvorschriften nur unvollständig erreicht; denn aus solchen gehen wohl Pflichten der Eisenbahnen gegenüber der vorgesetzten Instanz, aber keine Rechte des Publikums gegenüber den Eisenbahnen hervor. Die letzteren brauchten nur anderweitige Reglements unter Nichtpublizirung oder unter Ausschliessung oder Abschwächung des Bundesrathsreglements zu erlassen, um das Publikum des civilrechtlichen Schutzes, soweit dieser nicht auf dem H.G.B. beruht, zu berauben und dasselbe auf das akademische Rechtsmittel der Beschwerde zu beschränken.[12]) Und was den Transportzwang in Beziehung auf die Personenbeförderung anbelangt, so würde derselbe unter allen Umständen der Garantieen des Rechtsweges entbehren, weil auch bei unveränderter Publikation des deutschen Betriebsreglements die Eisenbahnen zum Personentransport nicht civilrechtlich verpflichtet wären, sobald dasselbe keine Rechtsverordnung ist. Dazu kommt schliesslich, dass die Gegner ihre Ansicht nur durch Zuhilfenahme einer von den Bundesstaaten erborgten Kompetenz des Bundesraths rechtfertigen können, da der letztere von sich aus den Eisenbahnverwaltungen keine Verwaltungsinstruktionen vorzuschreiben autorisirt ist.[13])

---

[9]) R.O.H.G. II 58 S. 255; vgl. betr. das Bahnpolizeiregl. XXI 20 S. 61—64; vgl. auch VI 63 S. 276, IX 101 S. 339. So jetzt auch wieder Zorn, Staatsrecht II S. 51, 52.

[10]) R.O.H.G. XIX 60 S. 185—187; vgl. XIV 66 S. 199, 200.

[11]) Laband, Staatsrecht II S. 89 u. Not. 2, S. 374 lit. b, c. Hahn, Vorbemerk. zum 2. Abschn. des 5. Tit. des IV. Buchs § 7, 8 S. 694, 695. Puchelt Art. 391 Anm. 6 S. 350, Art. 423 Anm. 3, 4 S. 420, 421. Wehrmann § 2. Thöl S. 90. Ruckdeschel in Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 327. Eger III S. 178. Endemann a. a. O. S. 223 ff. Goldschmidt i. seiner Zeitschr. XXVIII S. 447.

[12]) Vgl. Laband II S. 373 Not. 2. Endemann a. a. O. S. 244, 245, 267, 268.

[13]) Laband S. 365, 366, 370—374, dessen Darstellung nicht frei von Widersprüchen ist. Wenn dem Reiche das Recht, den Eisenbahnverwaltungen ein Betriebsreglement **vorzuschreiben**, nicht beigelegt ist, so kann der Verwaltungsbefehl an die Eisenbahnunternehmer resp. an die Eisenbahnverwaltungen, alle Transportverträge nach den im

Greift man aber zur erborgten Kompetenz, so hindert Nichts, noch einen Schritt weiter zu gehen, um der Absicht des Bundesraths gerecht zu werden. Zwar gehört das Eisenbahntransportrecht als ein Theil des Handelsrechts zur Kompetenz der Reichsgesetzgebung, aber bis zum Eingreifen derselben soll die Verwaltung des Eisenbahnwesens einschliesslich des bezüglichen Verordnungsrechts innerhalb der Zuständigkeit der Einzelstaaten bleiben, während das Reich bis dahin die durch bundesräthliche Verordnungen zu lösende Aufgabe hat, für die Einheitlichkeit und Uebereinstimmung dieser Verwaltung und dieses Verordnungsrechts zu sorgen. In Folge davon war für den Bundesrath eine doppelte Möglichkeit gegeben. Er konnte vorschreiben, dass jedes Bundesglied (von Bayern abgesehen) je ein Betriebsreglement mit identischem Inhalt erlasse. Er konnte aber auch kraft seines **mittelbaren** Verordnungsrechts und auf Grund **der von den Einzelstaaten erborgten partikularrechtlichen Kompetenz** ein einziges Betriebsreglement für das dem Reiche unterstehende deutsche Eisenbahnnetz selbst beschliessen und zwar als gesetzvertretende Norm, insoweit eine solche nach Verfassung, Gesetzgebung und Konzessionswesen der deutschen Partikularstaaten zulässig ist. Darum ist dessen Rechtsgiltigkeit in formeller und materieller Beziehung für jeden Einzelstaat besonders zu prüfen. Ein Einbruch in das Gebiet der Reichsgesetzgebung ist in dem bundesräthlichen Beschlusse eines solchen Reglements nicht enthalten, insofern es nicht mit Bestimmungen des H.G.B. in Widerspruch tritt.[14])

Die Konsequenzen der hier vertretenen Auffassung sind folgende:

1. Unrichtige Auslegung und Anwendung des deutschen Reglements ist Revisionsgrund.[15])

2. Ansprüche, die sich unmittelbar auf das deutsche Reglement stützen, sind gesetzliche Ansprüche.[16])

3. Reglements einzelner Eisenbahnverwaltungen oder Eisenbahnverbände, sowie spezielle Vertragsklauseln, die im Widerspruch stehen mit dem deutschen Reglement, sind ungiltig, auch wenn sie dem H.G.B. nicht widersprechen.[17])

4. Das deutsche Reglement ist auch dann massgebend, wenn mit einer Eisenbahn ohne Bezugnahme auf dasselbe ein Transportgeschäft eingegangen worden ist.[18])

Betriebsreglement formulirten Bedingungen abzuschliessen, nur auf der einzelstaatlichen Kompetenz beruhen.

[14]) R.V. Art. 42—45 vbd. m. Art. 7 Abs. 1 Z. 2 und dazu Hänel, Studien zum deutschen Staatsrecht II 1. II. S. 73, 81—84. Vgl. auch Rönne, Staatsrecht II 1 S. 321 Not. 6. — Nach französischem Recht haben die von der höheren Behörde genehmigten Eisenbahnreglements Gesetzeskraft. Dreyer in Goldschmidts Zeitschr. XXI S. 286 Nr. 1. Bédarride n°. 36 sqq.

[15]) C.P.O. § 511, 512 vbd. m. Einf.Ges. dazu § 12. So auch R.O.H.G. II 58 S. 255. Anders R.O.H.G. XIX 60 S. 185—187. Struckmann u. Koch, C.P.O. § 512 Anm. 1. Endemann a. a. O. S. 235, 236, 245.

[16]) Anders R.O.H.G. XX 103 S. 406 in Widerspruch mit 92 S. 375, 376. Eger I S. 68. Endemann a. a. O. S. 247 Not. 58.

[17]) Regl. Einl. Abs. 3. A. M. Thöl S. 95. Endemann a. a. O. S. 267, 268.

[18]) A. M. Thöl a. a. O.

5. Ein Irrthum über die Bestimmungen des deutschen Reglements ist als Rechtsirrthum und nicht als Irrthum über Vertragsbedingungen zu behandeln.[19])

III. Um Wiederholungen zu vermeiden, bleiben von der Darstellung in diesem Abschnitt diejenigen reglementarischen Modifikationen untergeordneter Natur ausgeschlossen, welche sich auf den gewöhnlichen Gütertransport beziehen und bereits oben in der Lehre vom Frachtgeschäft ihre Berücksichtigung gefunden haben. Dagegen sollen hier zur Erörterung kommen sowohl die prinzipiell bedeutenden Singularitäten, welche das H.G.B. im 2. Abschnitt des 5. Tit. des IV. Buches bezüglich des Eisenbahnfrachtgeschäfts statuirt, als auch diejenigen Bestimmungen des deutschen Reglements, welche sich entweder auf den Transport überhaupt oder auf diejenigen Transportzweige beziehen, die mit Rücksicht auf das Transportobjekt und auf die Technik des Eisenbahnbetriebs von dem gewöhnlichen Gütertransport abweichend normirt sind.

§ 353.

B. Die Reglements, Tarife und Fahrpläne.[1])

I. Der Massenverkehr der Eisenbahnen macht eine individualisirende Behandlung der einzelnen Transportgeschäfte unmöglich. Die Eisenbahnverwaltungen können nicht für jedes einzelne Transportgeschäft **besondere** Bedingungen vereinbaren. Desshalb machte sich von Anfang an das Bedürfniss nach Aufstellung **allgemeiner** Bedingungen geltend, unter denen die Eisenbahnen Transportgeschäfte einzugehen erklärten. Diese allgemeinen Bedingungen sind in den **Eisenbahnreglements** (Eisenbahnbetriebsordnungen) bezw. in den **Tarifen** und **Fahrplänen** enthalten.

II. In Deutschland sind ausser dem **Bundesrathsreglement** vom 11. Mai bezw. dem bayrischen Reglement vom 2. Juni 1874 noch folgende **Spezialreglements** in Wirksamkeit:

1. Die **Verbandreglements**, d. h. die Reglements der Eisenbahnverbände. Diese **Eisenbahnverbände** sind Gruppen von mehreren aneinander anschliessenden Eisenbahnverwaltungen, die sich zum Zweck der Erleichterung und Vereinfachung des Eisenbahnverkehrs zusammengeschlossen haben, um auf Grund einheitlicher Reglements und einheitlicher Tarife auf den Verbandbahnen zu transportiren. Die Eisenbahnverbände sind weder eigentliche noch uneigentliche Handelsgesellschaften; sie haben kein Gesellschaftsvermögen und keine Gesellschaftskasse. Sie sind gewöhnliche Sozietäten, die in Beziehung auf den Verbandverkehr lediglich in internen Rechts- und Rechnungsverhältnissen zu einander stehen, aber nicht dem Publikum gegenüber als Einheiten auftreten. Desshalb wird niemals von dem Verbande oder in dessen Namen ein Transportgeschäft eingegangen;[2]) vielmehr kontrahirt jede Verbandbahn immer nur für sich, keine

---

[19]) A. M Endemann a. a. O. S. 247.

[1]) Literatur: Goldschmidt i. s. Zeitschr. IV S. 579—607, 642—660. — Endemann in Buschs Arch. 42 S. 191—290.

[2]) A. M. Thöl, Handelsr. Erörter. S. 45, 47.

für die andere; und wenn mehrere Verbandbahnen solidarisch verpflichtet werden, so hat dies seine Ursache lediglich in der Uebernahme des Transports auf Grund des durchgehenden Frachtbriefs, und wenn die letzte Verbandbahn auch die Rechte der vorgehenden Verbandbahnen geltend machen kann, so beruht dies ausschliesslich auf der positiven Vorschrift des Art. 410. Darum kommt diese Berechtigung und jene Verpflichtung auch ausserhalb des Verbandverkehrs vor, sowie umgekehrt auch innerhalb des Verbandverkehrs weder die eine noch die andere für diejenige Verbandbahn besteht, an welche das Gut gar nicht gelangt. Die Anwendung des Verbandreglements und des Verbandtarifs im Verbandverkehr aber hat denselben rechtlichen Grund, wie die Anwendung des Lokalreglements und Lokaltarifs im Lokalverkehr, nämlich die Erklärung jeder einzelnen Bahn, im Verbandverkehr nach Massgabe des Verbandreglements und Verbandtarifs transportiren zu wollen.[3])

Der grösste Eisenbahnverband in Deutschland (und Oesterreich) ist **„der Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen“**.[4]) Derselbe hat ein eigenes Reglement erlassen, das **„Betriebsreglement des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen“** vom 1. Januar 1881 nebst 6 Nachträgen.[5]) Dasselbe ist seinem Kontexte nach gleichlautend mit dem Bundesrathsreglement, was wegen der oft schwankenden Grundsätze des internationalen Handels- bezw. Transportrechts für den über die Grenzen des Deutschen Reichs hinaus sich erstreckenden Verkehr von grosser Bedeutung ist. Die internen Verhältnisse des Vereins sind geregelt durch das **„Uebereinkommen zum Betriebsreglement des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen nebst drei Anhängen“** vom $\frac{\text{10. Dezember 1880}}{\text{1. Januar 1881}}$, wozu 4 Nachträge gekommen sind.[6]) Doch ist dieses Uebereinkommen nicht bloss für die Vereinsverwaltungen, sondern in einer Reihe von Bestimmungen auch für das Publikum massgebend. Die Festsetzung der Tarife geschah auf der General-

---

[3]) Ueber Eisenbahnverbände vgl. Goldschmidt i. s. Zeitschr. IV S. 604 Not. 2. W. Koch, Eisenbahnen II S. 13—14. Endemann a. a. O. S. 257—362, 278.

[4]) Derselbe wurde 1847 gegründet und umfasst fast sämmtliche deutschen (nicht dazu gehört z. B. die Berliner Ringbahn, Thöl, Handelsr. Erörter. S. 38 Not. a), sowie die österreichisch-ungarischen und einige andere Bahnen. Sein Organ ist die „Zeitung des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen“. Vgl. Ruckdeschel in Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 327. Endemann in Buschs Arch. 42 S. 197, 258, 259.

[5]) Publizirt durch die Zeitung des Vereins Jahrg. 1881 Nr. 17 S. 237 ff. und separat erschienen Berlin 1881 in der Nauckschen Buchdruckerei. Dazu 6 Nachträge: Nachtrag I—IV ausser Kraft gesetzt durch Nachtrag V, giltig v. 1. Januar 1883; Nachtrag VI ausgeg. im April 1883 und sofort giltig. Sämmtliche Nachträge publizirt in der Zeitung des Vereins und separat erschienen in der Nauckschen Buchdruckerei. Vgl. Endemann in Buschs Arch. 42 S. 204, 205.

[6]) Nachtrag I ausgeg. im Februar 1881; Nachtrag II ausgeg. im Oktober 1881; Nachtrag III (vom 1. April 1882) ausser Kraft gesetzt durch Nachtrag IV, giltig vom 1. Dezember 1882 ab. Publizirt durch die Zeitung des Vereins und separat erschienen in der Nauckschen Buchdruckerei. Vgl. Endemann a. a. O. S. 205, 206, 273—277.

tarifkonferenz der deutschen Eisenbahnverwaltungen zu Berlin im Februar 1877, hat aber inzwischen mehrfache Wandlungen erfahren. Zur Zeit gilt der durch die Generalkonferenz vom 25. November 1882 in Berlin beschlossene Tarif.[7])

2. Die **Lokalreglements** der einzelnen Eisenbahnverwaltungen.

Auch der **juristische Charakter** dieser Spezialreglements ist bestritten. Nach einer Ansicht sind sie allgemeine **Vertragsofferten** seitens der Eisenbahnen.[8]) Allein dazu fehlt ihnen, wenn man auch Offerten ad incertas personas zulassen will, die nöthige objektive Bestimmtheit in Ansehung der zu transportirenden Güter und der Transportstrecke.[9]) Doch sind sie auch keine blossen allgemeinen **Einladungen oder Aufforderungen an das Publikum zu Vertragsanerbieten**, wie die Versendung von Preislisten Lagerverzeichnissen Proben oder Mustern, wie die Mittheilung von Versicherungsprospekten und die Aufforderung zum Aktienzeichnen.[10]) Dem widerspricht die Bestimmung des Art. 422, dass die Eisenbahnen Vertragsanerbieten des Publikums annehmen müssen, während der Versender der erwähnten Einladungen, Mittheilungen und Aufforderungen niemals zur Acceptation der erfolgenden Offerten verpflichtet ist. Vielmehr sind die Spezialreglements allgemein fixirte Vertragsbedingungen, **allgemeine Vertragsnormen**,[11]) welche mit jenen öffentlichen Ankündigungen das gemein haben, dass sie ins Publikum hinein gemacht werden, und welche mit den Offerten darin übereinstimmen, dass bis zu ihrer ordnungsmässigen Zurückziehung die Eisenbahnen angebotene Transportgeschäfte nach Massgabe der Reglements eingehen müssen und keine andern Bedingungen stellen dürfen, ausgenommen wenn dieselben für das Publikum günstiger sind. Diese Vertragsnormen kommen den Rechtsnormen dadurch nahe, dass sie Regeln zum Inhalt haben, welche wie die Rechtsnormen unter den entsprechenden Voraussetzungen stets und gleichmässig zur Anwendung kommen sollen. Aus dieser Bedeutung der Spezialreglements als fester für alle abzuschliessenden Verträge fixirter Normen ergibt sich, dass wenn die Absicht der Parteien, von ihnen abzuweichen, nicht in unzweifelhafter Weise ausgesprochen ist, angenommen werden muss, dass sie in allen Punkten auf Grund der Reglements haben abschliessen wollen.[12])

---

[7]) Giltig vom 1. Februar 1883; dazu Nachtrag I, giltig vom 23. März 1883. Gedruckt von W. Büxenstein, Berlin 1883.

[8]) Thöl S. 90, 91: „Offerten, Anträge in Betreff des Inhalts der von den Eisenbahnen offerirten Frachtverträge". Nach den Handelr. Erörter. S. 31 soll dieser Passus bedeuten: „sie (d. h. die Eisenbahnen) beantragen, ihnen Anträge zu stellen auf Abschluss von Frachtverträgen mit einem den Reglements entsprechenden Inhalt". Also Offerten, die keine Offerten sind? Vgl. auch Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVIII S. 445, 446.

[9]) Daran ändert die Bestimmung des Art. 422 nichts. Denn nicht, weil sie das Reglement erlassen hat, muss die Eisenbahn den ihr proponirten Frachtvertrag abschliessen, sondern weil es ihr Art. 422 gebietet; wegen des Reglements muss sie nur dem Reglement entsprechend den Vertrag abschliessen.

[10]) So Goldschmidt in seiner Zeitschr. IV S. 495, XXVI S. 610. Wehrmann S. 6.

[11]) Sie sind Vertragsnormen, weil sie regelmässige Vertragsbedingungen sind. Vgl. auch Endemann a. a. O. S. 270, 277, 278. C. F. Müller, Ueber die de recepto actio S. 191.

[12]) R.O.H.G. IX 23 S. 75.

Da die Reglements ihrem Inhalte nach nur für den Verkehr der Eisenbahnen mit dem Publikum massgebend sein sollen, so unterscheiden sie sich wesentlich von den bloss nach Innen geltenden **Dienstinstruktionen.** Nichtsdestoweniger geben die Reglements zugleich die Grenzen der Vollmacht an, innerhalb welcher die Beamten und Bediensteten einer Eisenbahn Transportverträge abschliessen und die Bahn obligiren können. Und diese Grenzen sind auch dem Publikum gegenüber massgebend, weil dasselbe die Bestimmungen der Reglements kennt und kennen muss.[13]) Desshalb ist die Bahn nicht verantwortlich, wenn von einem ihrer Beamten ein reglementswidriger Transportvertrag abgeschlossen wurde.[14]) Denn nach Art. 400 haftet sie für ihre Leute nur rücksichtlich der **Ausführung** des von ihr übernommenen Transports, der Transportzwang aber begründet zwar eine Verpflichtung zur Uebernahme von Transporten nach Massgabe der Reglements, aber nicht zur Ausführung von reglements-, d. h. vollmachtswidrig übernommenen Transporten. Umgekehrt aber ist die Eisenbahn für jeden reglementsmässigen Transportvertrag verantwortlich, sollte der abschliessende Beamte auch gegen die Dienstinstruktionen gehandelt haben.

Die Verbandreglements werden von den betreffenden Verbänden erlassen. Bezüglich des Erlasses von Lokalreglements ist zu unterscheiden:

1. Für die Reichseisenbahnen ist das **„Reichsamt für die Verwaltung der Reichseisenbahnen“**, eine dem Reichskanzler unmittelbar unterstellte Centralbehörde, competent.[15]) Dagegen gehen

2. für die **Staatsbahnen** die Reglements von den betreffenden Staatseisenbahnverwaltungen und

3. für die **Privatbahnen** von deren Verwaltungsbehörden aus.

Doch hat das Reich bezüglich dieser sämmtlichen Reglements die Kontrole[16]) und es übt dieselbe durch das **„Reichseisenbahnamt“**, eine selbständige unter dem Reichskanzler stehende Centralbehörde aus.[17]) Auch unterliegen die Tarife, Fahrpläne und Reglements der Privatbahnen vielfach der Genehmigung der vorgesetzten Staatsverwaltungsbehörden und dürfen einseitig ohne deren Zustimmung nicht geändert werden, falls sich die Staatsverwaltung nicht etwa gar die Aufstellung derselben vorbehalten hat.

III. Die **Giltigkeit** der Reglements ist von folgenden Voraussetzungen abhängig:

1. In **materieller** Beziehung darf kein Reglement, auch nicht das Bundesrathsreglement, den Reichsgesetzen widersprechen. Widerspricht das Bundesrathsreglement den Reichsgesetzen, so kommt es darauf an, ob es mit absoluten oder mit dispositiven Bestimmungen derselben in Widerspruch steht. Im erstern

---

[13]) Arg. Art. 55 Abs. 2. Vgl. R.O.H.G. XXI 57 S. 184 und das bei **Eger** I S. 51, 66, 389, 390 theilweise abgedruckte Erkenntniss des R.O.H.G. v. 21. Septbr. 1875.

[14]) Anders verhält es sich bezüglich unrichtiger Auskunftsertheilungen. S. u. § 354 VI.

[15]) Erlass v. 27. Mai 1878 betr. die Errichtung des Reichsamts für die Verwaltung der Reichseisenbahnen im R.G.Bl. 1879 S. 193.

[16]) Mit Ausnahme der von den bayerischen Eisenbahnverwaltungen erlassenen. R.V. Art. 45, 46 Abs. 2.

[17]) R.Ges. v. 27. Juni 1873 § 4. R.G.Bl. S. 164, 165.

Fall sind die konträren reglementarischen Anordnungen nichtig, dagegen im zweiten Fall sind sie nur als **Rechtsnormen** ungiltig, während sie als **Vertragsnormen** bestehen können.[18]) Widersprechen Spezialreglements absoluten Bestimmungen der Reichsgesetze, so sind sie so weit nichtig, während sie dispositiven Sätzen derselben gegenüber als modificirende Vertragsnormen in Betracht kommen. Ausserdem aber dürfen die Spezialreglements auch nicht in Widerspruch mit dem Bundesrathsreglement stehen. Sie gelten nur, in so weit sie das letztere **ergänzen**, oder soweit sie dem Publikum **günstigere Bedingungen** als letzteres gewähren,[19]) selbstverständlich auch insoweit sie bloss **deklaratorischer** Natur sind.[20]) Ob die Bedingungen günstiger sind, ist Thatfrage und im Zusammenhang mit andern Bedingungen zu beurtheilen. So kann eine Spezialbestimmung ungünstiger sein, aber eine andere damit in Verbindung gebrachte so viel günstiger, dass der Transportsucher die Spezialbestimmungen den Bestimmungen des Bundesrathsreglements vorzieht.[21])

2. In **formeller** Beziehung verlangt jedes Reglement zu seiner Giltigkeit **ordnungsmässige Publikation**, da es für das Publikum bestimmt ist. Dasselbe gilt von den Abänderungen der Reglements.[22]) Das Bundesrathsreglement wurde unter gleichzeitiger Ankündigung im Reichsgesetzblatt durch das Centralblatt für das deutsche Reich publizirt, und ausserdem hat jede Eisenbahnverwaltung Exemplare desselben für das Publikum bereit zu halten und demselben gegen Erstattung der Kosten zu überlassen.[23]) Abänderungen des Bundesrathsregle-

---

[18]) So z. B. Regl. § 67 Z. 2 Abs. 2 wegen Widerspruchs mit Art. 424 Abs. 1 Z. 1. — Die Frage, in wie weit die Bestimmungen des deutschen Betriebsreglements mit dem H.G.B. unverträglich sind, ist in neuester Zeit Gegenstand einer ziemlich lebhaften Kontroverse zwischen Thöl und Goldschmidt geworden. Vgl. Thöl III passim. Dagegen Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 610—613. Dagegen Thöl, Handelsrechtliche Erörterungen, Göttingen 1882. Dagegen wieder Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVIII S. 441—456. Eine Zusammenstellung der streitigen Bestimmungen bei Hahn S. 697 Not. 25.

[19]) Regl.Einl. Abs. 2.

[20]) Vgl. R.O.H.G. XIV 72 S. 219.

[21]) Vgl. auch Endemann a. a. O. S. 266. A. M. Eger I S. 168, 169, 174, 175 und das von ihm angeführte Schreiben des Reichseisenbahnamts v. 22. März 1876, sowie das Reskript des Preuss. Handelsmin. v. 9. April 1876, weil sonst die Bestimmungen des Reglements überhaupt illusorisch gemacht werden könnten.

[22]) R.G. VI 28 S. 104.

[23]) Regl. Schlussbest. Abs. 1. Ob die dem Bundesrathsreglement zu Theil gewordene Art und Weise der Publikation für die Rechtsgiltigkeit der mittelbaren bundesräthlichen Verordnungen hinreicht, ist eine lediglich partikularrechtliche Frage. Dass sie für die Rechtsverbindlichkeit unmittelbarer bundesräthlicher Verordnungen genügt, hat das R.O.H.G. XXI 20 S. 62 in Ansehung des Bahnpolizeireglements damit begründet, dass die Bestimmungen des Art. 2 der R.V. die Verkündigung einer allgemeinen Verordnung des Bundesraths nicht berühren, und dass es daher dem Bundesrath zusteht, bei Erlass seiner Verordnungen zugleich die Art und Weise festzusetzen, wie dieselben zu verkündigen seien. Dieser Ausführung kann man sich um so mehr anschliessen, als die vom Bundesrathe beliebte Publikation jedenfalls dem Zweck der Gesetzesverkündigung entspricht. Denn wenn die letztere in der öffentlichen Anzeige, dass etwas Gesetz sei, und in der öffentlichen Bekanntmachung dessen, was Gesetz sei, besteht, so sind diese

ments müssen sowohl durch das Centralblatt als auch ausserdem von den Eisenbahnverwaltungen in je einem am Sitze derselben erscheinenden öffentlichen Blatte bekannt gemacht werden.[24]) Spezialbestimmungen einzelner Eisenbahnverwaltungen und Eisenbahnverbände müssen „in die bezüglichen Tarife aufgenommen" sein,[25]) wenn sie neben dem Bundesrathsreglement Geltung haben sollen. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass sie als integrirender Theil der Tarife, ungetrennt von diesen, sondern nur dass sie gerade so ordnungsmässig wie die Tarife selbst, wenn auch getrennt von diesen, publizirt sein müssen, um als allgemeine Vertragsnormen angesehen werden zu können.[26])

Hat das Gesetz eine besondere Art und Weise der Publikation vorgeschrieben, so genügt auf jeden Fall der vorgeschriebene Publikationsmodus, mag er auch thatsächlich noch so ungenügend sein.[27]) Hat aber das Gesetz die Art und Weise der Publikation der vorgesetzten Staatsverwaltungsbehörde oder der Eisenbahnverwaltung selbst überlassen, so genügt es, ist aber auch nothwendig, dass das Reglement so bekannt gemacht ist, dass Jedermann, der mit der Bahn kontrahiren will, am Ort und zur Zeit des Vertragsschlusses sowohl von der Existenz als von dem Inhalt des Reglements sich unterrichten kann. Wann diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist quaestio facti.[28]) Den Nachweis der gehörigen Publikation hat jedenfalls die Eisenbahn zu liefern.

Reglementarische Bestimmungen der Privatbahnen bedürfen ausserdem vielfach der Genehmigung seitens der ressortmässigen Staatsverwaltungsbehörden.

---

beiden Momente in der Ankündigung des Betriebsreglements im Reichsgesetzblatt und in der Bekanntmachung desselben im Centralblatt gegeben; nur fallen sie aus äusseren Zweckmässigkeitsgründen auseinander, während sie bei eigentlichen Gesetzen und kaiserlichen Verordnungen in dem Einen Akt der im Reichsgesetzblatt stattfindenden Verkündigung von Reichswegen zusammenfallen.

[24]) Dies ist der Sinn des unklar redigirten Abs. 2 der Schlussbest. des Regl.; R.O.H.G. XX 92 S. 375.

[25]) Regl.Einl. Abs. 3.

[26]) R.O.H.G. XXI 36 S. 108—111. Thöl S. 93, 94. Vgl. jedoch auch Endemann a. a. O. S. 264, 265. — Uebrigens lässt sich kein vernünftiger Grund dafür einsehen, warum dem Publikum günstigere Bedingungen in „die bezüglichen Tarife aufgenommen" sein müssen, um neben dem Bundesrathsreglement Geltung zu haben, da sie doch entschieden auch in speziellen Vertragsklauseln gewährt werden können. Desshalb sollte Regl.Einl. Abs. 3 so lauten: „Spezialbestimmungen . . . . ., wenn sie mit den Festsetzungen dieses Reglements nicht in Widerspruch stehen, vielmehr dieselben nur ergänzen und in die bezüglichen Tarife aufgenommen sind, oder wenn sie dem Publikum günstigere Bedingungen gewähren."

[27]) So werden z. B. die Reglements der Staatsbahnen sehr oft in den Gesetz- und Verordnungsblättern publizirt, z. B. in Bayern. Goldschmidt in seiner Zeitschr. IV S. 600. Wehrmann S. 11.

[28]) Cf. L. 11 § 3, 4 D. de instit. act. (14, 3). Goldschmidt a. a. O. S. 600—602: „eine solche Kundmachung, welche dem ganzen Publikum zugänglich ist, welche Jeden, der mit der Verwaltung kontrahiren will, darauf hinweist, dass besondere Transportbedingungen gestellt sind, und in den Stand setzt, schon vor Eingehung des Vertrags sich über die Transportbedingungen zu unterrichten." Vgl. auch Wehrmann S. 11. Endemann a. a. O. S. 242.

Der Genehmigung bedürftige ungenehmigte Tarife, Fahrpläne und Reglements sind ungiltig, und die auf Grundlage derselben geschlossenen Verträge werden nur nach den bisherigen Tarifen, Fahrplänen und Reglements bezw. nach den sonstigen Gesetzen und Anordnungen beurtheilt. Ob und wie weit zu reglementarischen Anordnungen der Staatsbahnen Mitwirkung der Volksvertretung erforderlich ist, richtet sich nach dem einschlägigen Staatsrechte.[29])

Ordnungsmässig publizirte Reglements sind wirksam bis zu ihrer **ordnungsmässigen Rücknahme.** Ordnungsmässig ist aber ein Reglement dann zurückgenommen, wenn es auf demselben Wege und in derselben Weise zurückgezogen wurde, wie es ursprünglich publizirt worden ist.[30])

IV. Was das **Verhältniss der verschiedenen Reglements zu einander** betrifft, so kommt

1. das **Bundesrathsreglement** für jeden Transport zur Anwendung, welcher und so weit derselbe auf einer im Gebiete des deutschen Reichs liegenden Eisenbahn ausgeführt wird, mag dieser Transport Lokal-, oder Verband-, oder Vereins-, oder Transport von Bahn zu Bahn sein.[31])

a. Von **Lokal**transport oder **Lokal**verkehr spricht man dann, wenn sich der Verkehr im Bereich einer einzelnen Bahn bewegt, wenn Abgangs- und Bestimmungsstation durch eine Schienenstrecke verbunden sind, die in ihrer ganzen Ausdehnung demselben Eisenbahnunternehmer gehört.

b. Ein **Verband**transport oder **Verband**verkehr liegt vor, wenn sich der Verkehr auf mehreren zu einem Verband gehörigen Bahnen vollzieht, und der ganze Transport ausschliesslich auf Verbandbahnen stattfindet. Der Verbandtransport ist aber kein Gesellschaftstransport, weil er weder im Namen noch für Rechnung einer Transportgesellschaft ausgeführt wird.[32])

c. Verbandverkehr ist auch der **Vereins**verkehr, da ja der Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen nur ein grosser Verband ist. Ein Vereinstransport oder Vereinsverkehr ist dann vorhanden, wenn sich ein Transport einerseits ausschliesslich auf Vereinsbahnen vollzieht, so dass nicht bloss Anfangs- und Endstation an einer Vereinsbahn liegen, sondern sämmtliche durchlaufene Eisenbahnstrecken zum Verein gehören, und wenn andererseits dieser Transport über den Lokal- und Verbandverkehr hinausgeht; denn ein **blosser** Lokal- oder **blosser** Verbandverkehr ist kein Vereinsverkehr.[33]) Dagegen **kann** allerdings der Verkehr von Bahn zu Bahn auch Vereinsverkehr sein.

d. Ein Transport oder Verkehr **von Bahn zu Bahn** findet statt, wenn der Verkehr gleichzeitig auf einer Bahn sich bewegt, welche nicht zum Verein gehört,

---

[29]) Hinsichtlich der Tarife ist die Frage nach konstitutionellem Staatsrecht zu bejahen. Goldschmidt a. a. O. S. 588 ff. W. Koch II S. 494—496 insbes. Not. 25. Wehrmann S. 7. — Zum Theil a. M. Endemann a. a. O. S. 269, 270.

[30]) Vgl. Eger I S. 43, 44, 65. Endemann a. a. O. S. 246, 247.

[31]) Regl.Einl. Abs. 2.

[32]) A. M. Thöl, Handelsrechtl. Erörter. S. 45, 47.

[33]) Richtig Thöl a. a. O. S. 36. Irrig Goldschmidt in seiner Zeitschr. XXVI S. 609, XXVIII S. 447.

gleichgiltig ob dies die Anfangs- oder die End- oder eine Zwischenbahn ist. Ein jeder Verkehr von Bahn zu Bahn ist darum ein **zusammengesetzter** Verkehr.[34]) Er ist zusammengesetzt entweder aus Lokal- und Lokalverkehr, oder aus Lokal- und Verband- bezw. Vereinsverkehr. Desshalb ist der Transport von Bahn zu Bahn nicht ein einheitlicher Transport, sondern eine Summe von Transporten, und desshalb ist beim Verkehr von Bahn zu Bahn auch eine Kombination von mehreren Lokal- und Verband- bezw. Vereins-Reglements und Tarifen nothwendig, soweit nicht das Bundesrathsreglement massgebend ist.[35])

Das Bundesrathsreglement gilt jedoch nur soweit es nicht absoluten Sätzen des H.G.B. widerstreitet. Innerhalb dieser Schranken gilt es aber **primär**, nirgends und niemals subsidiär.[36]) Es gilt aber nicht schlechtweg **absolut**, sondern nur in seinen absoluten Sätzen; dagegen können seine dispositiven

---

[34]) Während der Verbandverkehr ein einheitlicher Verkehr ist.

[35]) Thöls (H.R. III S. 89, 250, 251 u. Handelsrechtl. Erörter. S. 33—36) Meinung, dass man die Worte „Verkehr von Bahn zu Bahn" im Eingang des Reglements als „Vereinsverkehr" verstehen könne und werde, ist unhaltbar. Derselben widerspricht:

1. der Sprachgebrauch; Vereinsverkehr nennt man nicht Verkehr von Bahn zu Bahn.

2. Das logische Bedürfniss. Darnach gibt es nur entweder Transport einer einzigen Bahn, Lokalverkehr, — oder Transport mehrerer Bahnen, aber nach einheitlichem Reglement und einheitlichem Tarif, Verbandverkehr, — oder Transport mehrerer Bahnen, aber nach verschiedenen Reglements und verschiedenen Tarifen, Verkehr von Bahn zu Bahn. Da nun der Vereinsverkehr nur ein Verbandverkehr ist, so hat das Reglement alle logisch denkbaren Verkehre getroffen. Würden jene Worte „sowie ein Verkehr von Bahn zu Bahn" gestrichen, so bliebe allerdings der Sinn des Reglements unzweifelhaft in Bezug auf den Vereinsverkehr, weil derselbe Verbandverkehr ist, aber nicht in Bezug auf den Verkehr von Bahn zu Bahn, weil derselbe weder Lokal- noch Verbandverkehr genannt wird. obschon er aus beiden zusammengesetzt ist.

3. Der Wortlaut des Abs. 3 der Einleitung des Reglements. Denn wenn hier von Spezialbestimmungen einzelner Eisenbahnverwaltungen oder Eisenbahn-Verbände die Rede ist, so muss, weil auch die Spezialbestimmungen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen getroffen sein müssen, dieser Verein selbst unter die Eisenbahn-Verbände fallen. (Dies ist auch die Auffassung des Vereins selbst, indem er im Art. 1 des Uebereinkommens von „engeren Verbänden" im Gegensatz zum Verein spricht). Da nun vernünftiger Weise nicht anzunehmen ist, dass der Bundesrath im 3. Abs. in der Zusammensetzung mit dem Worte Eisenbahn dasjenige „Verband" nennt, was er im 2. Abs. in der Zusammensetzung mit dem Worte Verkehr „von Bahn zu Bahn" genannt hat, sondern dass das Wort Verband in den beiden unmittelbar aufeinander folgenden Sätzen dieselbe Bedeutung haben soll, so folgt daraus, dass er den Vereinsverkehr unter dem Ausdruck „Verbandverkehr" und nicht unter dem Begriffe „Verkehr von Bahn zu Bahn" versteht.

4. Ist „Verein" = „von Bahn zu Bahn" und nicht = „Verband", so hat der 3. Abs. eine Lücke, weil nur die Spezialbestimmungen einzelner Eisenbahnverwaltungen und Eisenbahnverbände, aber nicht die des Vereins erwähnt sind, — eine unannehmbare Konsequenz. Dagegen ist diese dualistische Scheidung sehr erklärlich nach unserer Auffassung, da der Verein ein Verband ist und da es keine Spezialbestimmungen für den Verkehr von Bahn zu Bahn gibt.

Vgl. auch Goldschmidt in seiner Zeitschr. XXVI S. 609, XXVIII S. 446, 447.

[36]) Richtig Thöl, Handelsrechtl. Erörter. S. 37. Irrig Goldschmidt a. a. O. S. 609: „es gilt subsidiär überall"; vgl. jedoch auch a. a. O. S. 447.

Sätze durch Spezial-Reglements in so weit **ausgeschlossen** werden, als die letztern dem Publikum günstigere Bedingungen gewähren.[37])

2. Das **Vereinsreglement** kommt auf den Vereinsbahnen „für denjenigen gegenseitigen Verkehr zur Anwendung, welcher die Grenzen des Deutschen Reichs oder der Oesterreichisch-Ungarischen Monarchie überschreitet", d. h. es findet Anwendung auf den Verkehr der deutschen und der österreichisch-ungarischen Bahnen sowohl unter einander als auch mit dem Auslande.[38]) Dem Bundesrathsreglement gegenüber kommt das Vereinsreglement nur **subsidiär** zur Anwendung, nämlich so weit es dasselbe **ergänzt.** Insoweit es dem Publikum günstigere Bedingungen gewährt, kommt es **statt** des Bundesrathsreglements in Anwendung.[39]) Jedoch in beiden Beziehungen nur als **Vertragsnorm,** und als **solche** auch in seinen gleichlautenden Bestimmungen (und alle seine Bestimmungen sind gleichlautend) **neben** dem Bundesrathsreglement. Dagegen den Lokal- und Verbandreglements gegenüber ist es **primäre**[40]) Vertragsnorm, ergänzt durch die ergänzenden und modifizirt durch die dem Publikum günstigeren Bestimmungen der letzteren.[41]) Hält sich aber der Vereinsverkehr innerhalb der Grenzen des Deutschen Reichs (oder der Oesterreichisch-Ungarischen Monarchie), so kommt das Vereinsreglement nicht zur Anwendung, weder subsidiär noch primär,[42]) was aber wegen seines gleichlautenden Inhalts mit dem Bundesrathsreglement praktisch bedeutungslos ist.

Dagegen kommt das **Uebereinkommen** zum Vereinsreglement auch in dem innerhalb der Grenzen des Deutschen Reichs (oder der Oesterreichisch-Ungarischen Monarchie) sich bewegenden Vereinsverkehr zur Anwendung, jedoch den Bestimmungen engerer Verbände gegenüber nur **subsidiär.**[43])

3. Die **Verbandreglements** gelten für den Verbandverkehr, gleichgiltig ob derselbe einfacher Verbandverkehr oder gleichzeitig Verkehr von Bahn zu Bahn ist, so wie auch für den inner-deutschen (oder inner-österreichisch-ungarischen) Vereinsverkehr, weil für letztern das Vereinsreglement gar nicht und das Vereinsübereinkommen nur subsidiäre Anwendung findet. Die Verbandreglements gelten **neben** dem Bundesrathsreglement, soweit sie demselben nicht widersprechen oder dasselbe ergänzen; **statt** des Bundesrathsreglements, so weit sie dem Publikum günstigere Bedingungen gewähren: aber in beiden Fällen als **Vertragsnormen.** Im Lokalverkehr kommen die Verbandreglements nicht zur Anwendung; im Vereinsverkehr, der die Grenzen des Deutschen Reichs (oder der Oesterr.-Ung. Monarchie) überschreitet, kommen sie **neben** dem Vereinsreglement in Anwendung, so weit sie demselben nicht widerstreiten, sondern es nur er-

---

[37]) Regl. Einl. Abs. 2 a. E. Thöl a. a. O. Ungenau Goldschmidt a. a. O. S. 609.

[38]) Ver. Regl.Einl. Abs. 1. Endemann a. a. O. S. 204, 205, 271, 272.

[39]) Regl.Einl. Abs. 2. — Da das Ver.Regl. mit dem Bundesrathsregl. inhaltlich dentisch ist, so haben diese Sätze nur theoretische und hypothetische Bedeutung.

[40]) Richtig Thöl S. 38. Irrig Goldschmidt a. a. O. S. 609.

[41]) Ver.Regl. Einl. Abs. 2.

[42]) Richtig Thöl S. 36, 39. Irrig Goldschmidt a. a. O. S. 609.

[43]) Uebereink. Art. 1. Endemann a. a. O. S. 279.

gänzen, **statt** des Vereinsreglements, soweit sie dem Publikum günstigere Bedingungen gewähren;[44]) aber auch in diesen Fällen nur als **Vertragsnormen**.

4. Die **Lokalreglements** bilden die Vertragsnormen für den einfachen und den zusammengesetzten (von Bahn zu Bahn) Lokalverkehr, sowie für den innerdeutschen (oder inner-österr.-ung.) Vereinsverkehr, soweit derselbe nicht Verbandverkehr ist. Sie gelten **neben** dem Bundesrathsreglement, soweit sie dasselbe ergänzen, **statt** des Bundesrathsreglements, soweit sie dem Publikum günstigere Bedingungen gewähren. Sie gelten nicht im reinen Verbandverkehr; im Vereinsverkehr, der die Grenzen des Deutschen Reichs (oder der Oesterr.-Ungar. Monarchie) überschreitet, sind sie Vertragsnormen unter denselben Voraussetzungen wie die Verbandreglements.[45])

V. In Bezug auf die **konkrete** Anwendung der Reglements ist zu unterscheiden:

1. Das **Bundesrathsreglement** kommt als **Rechtsnorm** schlechtweg zur Anwendung ohne Rücksicht auf den Willen der Kontrahenten. Insoweit es **Vertragsnorm** ist, sind die Grundsätze der Spezialreglements massgebend.

2. Die **Spezialreglements** kommen als Vertragsnormen jedenfalls zur Anwendung, wenn unter ausdrücklicher Verweisung auf sie kontrahirt wird. Und zwar genügt in allen Fällen eine bloss generelle Verweisung, wie dies beim Abschluss des Frachtvertrags auf Grund des Eisenbahnfrachtbriefs der Fall ist. Auf Unkenntniss der reglementarischen Bestimmungen kann sich der Mitkontrahent der Eisenbahn nicht berufen, da er sich ja in Folge der Publikation der Reglements diese Kenntniss jeden Augenblick verschaffen kann.[46]) Allein es ist nicht einmal diese generelle Verweisung nothwendig. Es genügt für die Anwendung eines ordnungsmässig publizirten Reglements, wenn der Mitkontrahent weiss oder wissen muss, dass das Reglement existirt und dass die Bahn nur auf Grund desselben transportirt.[47]) Und er muss es wissen, wenn es ordnungsmässig publizirt ist, weil es alsdann Jedermann und so auch der Kontrahent wissen kann. Individuelle Hindernisse oder Umstände desselben, wie Lesensunkunde, Sehmängel, Unkenntniss der Sprache oder Schrift (falls dieselbe nur „secundum loci conditionem" die gangbare ist), Uebersehen des Anschlags u. dgl. können nicht entschuldigen, weil bei einem auf das Publikum angelegten Betrieb nicht auf die individuellen Verhältnisse des Einzelnen Rücksicht genommen werden kann. Die Unterwerfung des Kontrahenten unter das Reglement gilt als selbstverständlich und braucht nicht besonders, weder ausdrücklich noch durch schlüssige Thatsachen, erklärt zu sein. Denn das Kontrahiren der Eisen-

---

[44]) Regl.Einl. Abs. 2. Ver.Regl.Einleit. Abs. 2. Uebereink. Art. 1.

[45]) Regl. und Ver.Regl. a. a. O.

[46]) R.O.H.G. XXI 58 S. 186. Seufferts Arch. X. 199. Goldschmidt in seiner Zeitschr. IV S. 595, 596. Wehrmann S. 12. Thöl S. 93. Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 25—27. Fr. Mommsen, Erörter. II S. 107 Not. 26. Bähr in Jherings Jahrbb. XIV S. 402 ff. Zitelmann, Ebend. XVI S. 397 ff.

[47]) Desshalb ist auch das Uebereinkommen als für das Publikum massgebende Vertragsnorm zu behandeln. Vgl. Endemann a. a. O. S. 277.

bahn ist kein Ausfluss der Willkür, sondern die Erfüllung einer öffentlichen Pflicht. Die Bahn muss mit Jedem kontrahiren, ohne sich denselben näher ansehen und ihm besondere Bedingungen auflegen zu dürfen. Sie kann desshalb nur allgemeine Bedingungen aufstellen, die gegenüber Jedem gelten, und sie darf dies innerhalb der Grenzen des H.G.B. und des Bundesrathsreglements. Unter diesen allgemeinen Bedingungen muss sie kontrahiren und darf sie kontrahiren; unter andern muss sie nicht, darf sie nicht und thut sie nicht. Wenn sie demnach kontrahirt, kontrahirt sie, wie sie mit Jedem kontrahiren muss und wie sie mit Jedem kontrahiren darf, d. h. auf Grundlage ihres Reglements, also auch mit dem konkreten Mitkontrahenten.[48])

VI. Der Ausdruck **„Tarif“** kommt bald in einer weiteren bald in einer engeren Bedeutung vor. In einem weitern uneigentlichen Sinn berührt sich der Begriff „Tarif“ mit dem des Reglements und bedeutet wie dieses die dem Publikum angekündigten allgemeinen Transportbedingungen.[49]) Dagegen versteht man im engeren und eigentlichen Sinne unter Tarif das Verzeichniss der Fahrpreis- oder Frachtpreisansätze.[50]) Derartige Tarife werden sowohl vom Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen (**Vereinstarif**) als auch von Verbänden (**Verbandtarif**) als auch von Einzelbahnen (**Lokaltarif**) publizirt. Ueber die Art und Weise der Publikation enthält das Bundesrathsreglement keine näheren Bestimmungen. Falls desshalb Konzessionen, Statuten oder Landesgesetzgebungen nichts Näheres darüber vorschreiben, so hat die Publikation dem Zwecke des Tarifs entsprechend so gehörig und so umfassend zu erfolgen, dass eine Unkenntniss desselben auf Seiten der Betheiligten ohne deren eigenes Verschulden nicht anzunehmen ist.[51]) Fast überall bedürfen die Tarife einer staatlichen Genehmigung nach Massgabe der Konzessionen, Statuten oder Landesgesetz-

---

[48]) Dagegen hat das R.O.H.G. durch U. v. 24. Septbr. 1875 (mitgeth. bei Eger I S. 44, 66) entschieden: „Eine Eisenbahn, welche sich über den von ihr übernommenen Transport ausnahmsweise keinen (auf das Reglement Bezug nehmenden) Frachtbrief ausstellen lässt, kann eine Vermuthung dafür, dass sie den Transport nur unter den Bedingungen des Betriebsreglements unternommen, für sich nicht beanspruchen.“ Aehnlich A.G. Leipzig in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 595, 596 (Hundebillet). Ebenso Eger I S. 65; vgl. S. 95. Allein wer der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Reglements eine solche Bedeutung beilegt, der huldigt dem Schein. Denn entweder ist der Transportsucher ein kundiger Geschäftsmann: alsdann weiss er, dass die Bahn nur auf Grund ihrer Reglements transportirt, ob der Frachtbrief darauf Bezug nimmt oder nicht. Oder aber er ist geschäftsunkundig: alsdann nützt ihm auch die Bezugnahme auf die Reglements nichts. Dass er durch letztere seine Uebereinstimmung mit den reglementarischen Bestimmungen erkläre, ist, wie die Sachen einmal liegen, eine Fiktion und enthält so viel Wahrheit, wie die Behauptung, dass derjenige, welcher beim Kontrahiren die dispositiven Rechtssätze nicht abändere, sich willentlich und wissentlich denselben unterwerfe. — Sehr richtig auch Endemann a. a. O. S. 284, 285.

[49]) Vgl. R.V. Art. 45.

[50]) R.O.H.G. XXI 36 S. 108—111. Eger II S. 336, 337. Endemann a. a. O. S. 206, 207.

[51]) Vgl. das Nähere bei Goldschmidt in seiner Zeitschr. IV S. 598—602 Eger II S. 337—343.

gebungen. Das Reich hat zwar die Kontrole über das Tarifwesen, aber nur bei eintretenden Nothständen, insbesondere bei ungewöhnlicher Theuerung der Lebensmittel, die Befugniss zur Feststellung von Tarifen.[52])

VII. Die **Fahrpläne** enthalten die allgemeinen Bedingungen für die Personenbeförderung, insbesondere die Fahrzeiten und Fahrpreise. Nach ausdrücklicher Bestimmung des Bundesrathsreglements müssen dieselben öffentlich bekannt gemacht und auf allen Stationen ausgehängt sein.[53])

VIII. Reglements, Tarife und Fahrpläne kommen als allgemeine Vertragsbedingungen nicht bloss bei Eisenbahnen, sondern auch bei andern Transportanstalten vor, welche die Personen-, Güter- und Nachrichtenbeförderung im Grossen betreiben. Die formellen und materiellen Voraussetzungen ihrer Giltigkeit und Wirksamkeit hängt von den Konzessionen und Statuten dieser Transportanstalten, eventuell von der betreffenden Landesgesetzgebung ab.

§ 354.

C. Der Transportzwang.

Der moderne Staat betrachtet die Förderung des Verkehrs als eine der wichtigsten Staatsaufgaben. In Bezug auf das Eisenbahnwesen löst er diese Aufgabe entweder unmittelbar durch Etablirung von Staatsbahnen, oder aber mittelbar durch Konzessionirung von Privatbahnen. Da sich aber der Staat durch eine solche Konzessionirung seiner Verkehrsaufgabe nicht entledigt, sondern dieselbe nur **delegirt**, so hat er dafür zu sorgen, dass die Eisenbahnen den Verkehrszwecken entsprechend verwaltet werden und dass ihre Vortheile allen Staatsangehörigen zu Gute kommen. Und da sowohl die Staats- wie die Privatbahnen den Transport in privatwirthschaftlicher Weise betreiben, so legt das Gesetz den Eisenbahnen den **Transportzwang** auf, welcher Nichts ist als die staatliche Verkehrspflicht in civiler Form. Von einem die Verkehrsfreiheit beschränkenden privilegium odiosum[1]) kann beim Transportzwang nicht die Rede sein. Vielmehr ist derselbe eine mit den gemeinwirthschaftlichen Zwecken des privatwirthschaftlichen Eisenbahnbetriebs sich deckende Pflicht.

I. Der Transportzwang umfasst ein Doppeltes:

1. Eisenbahnen müssen **überhaupt** auf Verlangen des Publikums Transportgeschäfte eingehen.

2. Sie müssen **zu jeder Zeit** Transportgeschäfte eingehen.

Das H.G.B. statuirt den Transportzwang nur für den Gütertransport,[2])

---

[52]) R.V. Art. 45, 46 Abs. 1; gilt jedoch nicht für Bayern, R.V. Art. 46 Abs. 2. — Vgl. Entw. des R.Eisenb.Ges. v. 1874 Mot. S. 56—62 u. Anl. C S. 106—126. **Eger** II S. 340, 341, 343. **Endemann** a. a. O. S. 263, 264.

[53]) Regl. § 7 Abs. 1.

[1]) So **Hahn** Art. 422 § 4 S. 701. Vgl. dagegen besonders **Sax** I S. 77—84.

[2]) Art. 422. — Ueber die Entstehung dieses Artikels Prot. S. 5037—5042, 5107, 5120. Vgl. auch Entw. I. Les. Art. 334 Abs. 2. Entw. II. Les. Art. 370 Abs. 2. Prot. S. 786—788, 1228, 4680—4683. Monit. 433, 434. — **Eger** III S. 161—177.

dagegen das Regl.[3]) auch für die Personenbeförderung; die Reichsverfassung setzt ihn für beide voraus.[4]) Das H.G.B. beschränkt den Gütertransportzwang der Eisenbahnen auf deren eigene Bahnstrecken,[5]) so dass dieselben keinen Transport nach einem an einer anderen Bahn liegenden Ort übernehmen müssen; dagegen nach dem Regl.[6]) erfolgt der Transport von und nach allen für den Güterverkehr eingerichteten Stationen, ohne dass es behufs des Uebergangs von einer Bahn auf die andere einer Vermittelungsadresse bedarf; die Reichsverfassung [7]) verpflichtet die Eisenbahnverwaltungen zur Einrichtung direkter Expeditionen sowohl im Personen- als im Güterverkehr, ohne jedoch auf eine nähere Regulirung einzugehen.

II. Der Transportzwang erstreckt sich nicht bloss auf die eigentliche Transportpflicht, sondern auch auf die übrigen aus der Frachtobligation bezw. aus der Personentransportobligation hervorgehenden Verpflichtungen, insbesondere auch auf die Receptshaftung.[8])

III. Der Transportzwang findet nicht schlechtweg, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen statt.

1. **Ueberhaupt** zu transportiren ist die Eisenbahn nur unter einer doppelten Voraussetzung verpflichtet:

a. **Personen und Güter müssen sich zum Transport eignen.** Vom Personentransport schlechtweg ausgeschlossen sind trunkene und renitente Personen; sichtlich kranke und andere belästigende Personen nur dann, falls sie nicht ein besonderes Koupee bezahlen.[9]) Damit Güter der Transportpflicht unterstehen, ist nothwendig:

α. Dass sie **an sich** zum Eisenbahntransport sich eignen. Darüber entscheiden zunächst die reglementarischen Bestimmungen und in deren Ermangelung die Einrichtungen und Benutzungsweise der betreffenden Bahn.[10]) Nach dem H.G.B. können die Reglements völlig frei darüber bestimmen, was als an sich zum Transport geeignet angesehen werden soll. Dagegen zählt das deutsche Reglement die Gegenstände auf, die vom Eisenbahntransport schlechtweg ausgeschlossen oder nur bedingt zugelassen werden sollen, so dass die Spezialreglements nur noch in so weit freien Spielraum haben, als sie die Bestimmungen des deutschen Reglements ergänzen oder dem Publikum günstigere Bedingungen gewähren.[11])

---

[3]) Regl. § 6 Abs. 1.

[4]) R.V. Art. 44. — Entw. v. 1874 §§ 25, 29.

[5]) Art. 422 a. A.: „für ihre Bahnstrecke".

[6]) Regl. § 46.

[7]) R.V. Art. 44. — Nach dem Entw. v. 1874 § 25 besteht die Personentransportpflicht, so weit ein direkter Personentransport eingerichtet ist, und nach § 29 Abs. 2 die Gütertransportpflicht nach allen deutschen Eisenbahnstationen schlechtweg, nach ausserdeutschen Stationen aber nur, soweit nach denselben ein direkter Güterverkehr mit den betreffenden ausserdeutschen Eisenbahnen vereinbart ist.

[8]) Arg. Art. 422 Abs. 2.

[9]) Regl. §§ 13, 23. — Siehe u. § 364 I 2 a.

[10]) Art. 422 Abs. 1 Z. 1. — Entw. v. 1874 § 29 Abs. 1 Z. 3.

[11]) Regl. § 48, § 40 Abs. 2, 3 vbd. m. Einleit. Abs. 3.

Von der Beförderung **ausgeschlossen** sind:

αα. Alle solche Güter, die wegen ihres Gewichtes oder Umfanges, ihrer Form oder sonstigen Eigenschaft nach den Einrichtungen und der Benutzungsweise der betreffenden Bahn sich zum Transport nicht eignen.[12])

ββ. Alle postzwangspflichtigen Gegenstände.

γγ. Alle der Selbstentzündung oder Explosion unterworfenen Gegenstände, sofern dieselben nicht bedingungsweise zum Transport zugelassen werden.[13])

δδ. Kranke Thiere.[14])

εε. Wilde Thiere, insofern sie nicht bedingungsweise zugelassen werden.[15])

Nur **bedingungsweise** werden zum Transport zugelassen

αα. Die in Anlage D des Regl. § 48 verzeichneten Gegenstände nach den dort angegebenen Bedingungen.

ββ. Gold- und Silberbarren, Platina, gemünztes und Papiergeld, geldwerthe Papiere, Dokumente und Pretiosen nach den besonderen Vorschriften jeder Eisenbahn.

γγ. Gemälde und andere Kunstgegenstände unter der Bedingung, dass in den Frachtbriefen keine Werthangabe enthalten ist.

δδ. Diejenigen Gegenstände, deren Verladung oder Transport nach dem Ermessen der übernehmenden Verwaltung aussergewöhnliche Schwierigkeiten verursacht, nach jedesmal zu vereinbarenden besonderen Bedingungen.[16])

εε. Wilde Thiere.[17])

β. **Dass sie ordnungsmässig verpackt und signirt sind.**[18]) Ueber die Nothwendigkeit und Ordnungsmässigkeit der **Verpackung** entscheiden die Reglements [19]) bezw. die Natur der zu transportirenden Gegenstände. Ausnahmsweise wird auch packbedürftiges unverpacktes oder mangelhaft verpacktes Gut befördert, wenn der Absender das Fehlen oder die Mängel der Verpackung durch eine mit seiner Unterschrift versehene, auf dem Frachtbrief zu wiederholende Erklärung anerkennt.[20]) Die **Signirung** muss deutlich und dauerhaft sein und mit den desfallsigen Angaben im Frachtbrief genau übereinstimmen. Stückgüter sollen wo möglich mit der Bezeichnung der Bestimmungsstation in dauerhafter Weise versehen sein.[21]) Die **Angabe des Inhalts** (Deklaration) ist im Allgemeinen kein Erforderniss für die Transportpflichtigkeit der Güter, sondern nur für die Vollständigkeit des Frachtbriefs.[22]) Nur ausnahmsweise muss die

---

[12]) Ueber Einzelnes Hahn Art. 422 § 5 S. 701, 702.

[13]) Regl. § 48 A nach den Abänderungen v. 13. Juni 1880 (Centralbl. S. 452 ff.) u. v. 5. Juli 1881 (Centralbl. S. 261 ff.).

[14]) Regl. § 40 Abs. 2. Unrichtig Eger III S. 339.

[15]) Regl. § 40 Abs. 3. Dazu Eger III S. 339, 340.

[16]) Regl. § 48 B.

[17]) S. Not. 15.

[18]) Regl. § 47, § 25 S. 1, 2. — Entw. v. 1874 § 29 Abs. 1 Z. 3.

[19]) Regl. § 48 Anl. D, § 25, § 34 Abs. 2.

[20]) Art. 422 Abs. 1 Z. 1. Regl. § 47 Abs. 1, 2, § 48 Anl. D.

[21]) Regl. § 47 Abs. 3.

[22]) A. M. scheint Thöl S. 119, 120 zu sein.

Verpackung mit einer den Inhalt angebenden Aufschrift versehen sein.[23]) Selbstverständlich entscheidet über die Nothwendigkeit und Zulänglichkeit der Verpackung und Signirung bezw. Deklarirung schliesslich der Richter.[24])

b. **Der Transportsucher muss sich den einschlägigen reglementarischen Bestimmungen unterwerfen.**[25]) Im Güterverkehr kommen hier namentlich die reglementarischen Anordnungen über den Frachtbrief,[26]) über die Fracht[27]) und über die Auflieferung der Güter in Betracht. Die Auflieferung muss in den festgesetzten Expeditionszeiten stattfinden. Gewöhnliches Frachtgut wird an Sonn- und Festtagen nicht angenommen, wohl aber Eilgut, aber nur in den ein für alle Mal bestimmten, durch Aushang in den Expeditionslokalen und bezw. auch in einem Lokalblatt bekannt gemachten Tageszeiten.[28]) Hat der Absender die Güter selber zu verladen, so muss er die Gestellung der erforderlichen Wagen für einen bestimmten Tag nachsuchen und die Verladung in der von der Absendestation bestimmten, durch Anschlag in den Güterexpeditionen und Bekanntmachung in einem Lokalblatt publizirten Frist vollenden.[29]) Daneben können aber noch anderweitige Transportbedingungen reglementarisch festgestellt sein und dieselben sind zulässig, soweit sie nicht gegen Art. 422 und 423 verstossen. So verlangt das deutsche Reglement für gewisse Güter Separatfrachtbriefe[30]), für andere die Begleitung von Menschen,[31]) und eine ganze Reihe besonderer Transportbedingungen besteht für die nur bedingungsweise zugelassenen Gegenstände.[32])

2. **Zu der verlangten Zeit** muss die Eisenbahn ein nachgesuchtes Transportgeschäft eingehen unter der doppelten Voraussetzung:

a. dass nicht aussergewöhnliche Hindernisse oder höhere Gewalt dem Transporte entgegenstehen,[33]) und

---

[23]) Regl. § 48 Anl. D I Z. 1 Abs. 2; III Abs. 1, 2 Z. 5; IV; V; VII; XXIV Z. 1; XXV.

[24]) Prot. S. 5042. Hahn S. 700—702.

[25]) Art. 422 Abs. 1 Z. 2. Regl. § 7. — Entw. v. 1874 § 29 Abs. 1 Z. 4.

[26]) S. o. § 338 II S. 303 ff.

[27]) S. o. § 344 I S. 375 ff.

[28]) Regl. § 56 Abs. 1—4. Dazu Eger II S. 192—197.

[29]) Regl. § 56 Abs. 7, 8. Dazu Eger S. 197, 198. Ueber Reisegepäck: Regl. § 26 u. unten § 362 II 2.

[30]) Regl. § 50 Z. 1. Siehe o. § 338 S. 307.

[31]) Leichen: Regl. § 34 Abs. 3; Equipagen und Fahrzeuge: § 37, 38 Abs. 1 S. 2, vgl. Abs. 4 u. § 39 Abs. 1; Thiere: § 40 Abs. 4. Siehe u. § 356 II 6b.

[32]) Regl. § 48 Anl. D; dazu Thöl S. 101—109. Für Leichen: § 34; für Equipagen und Fahrzeuge: § 35; für Thiere: § 40 Abs. 1, § 42 Abs. 2, § 43 Abs. 3 S. 1.

[33]) Regl. § 6 Abs. 1. Entw. v. 1874 § 29 Abs. 1 Z. 1. — Dagegen darf die Bahn die unverzügliche Abstempelung des Frachtbriefs nach vollständiger Auflieferung des Guts desshalb nicht verweigern, weil sie die Zollabfertigung übernimmt, um so weniger als der Lauf der Lieferungsfrist während der Dauer dieser Abfertigung nach Regl. § 57 Abs. 8 (vgl. o. § 339 S. 318) ruht. Eger I S. 69 und das von ihm angeführte Reskript des Preuss. Hand.Min. v. 13. Februar 1878.

b. dass die regelmässigen Transportmittel der Bahn zur Ausführung des Transports genügen.[34])

Zu den **Transportmitteln** gehören nicht bloss die Zugmittel, wie Wagen und Lokomotiven, sondern auch die Expeditionsmittel, wie Werkzeuge zum Aufladen und Wägen, sowie auch die Verwahrungsmittel, wie das Bedeckungsmaterial u. dgl. Auch das zur Expedition, Beförderung und Ueberwachung erforderliche Personal gehört zu den Transportmitteln.[35]) Die **regelmässigen** Transportmittel sind die für den normalen täglichen Verkehr, die zur gleichmässigen Benützung in allen gleichen wiederkehrenden Fällen angeschafften und aufgestellten Transportmittel. Dagegen sind solche Transportmittel, die nur zur Benützung für einzelne bestimmt ins Auge gefasste Ausnahmsfälle angeschafft sind, keine regelmässigen. Die Bahn ist niemals verpflichtet, ihre regelmässigen Transportmittel wegen eines speziellen beantragten Transportes zu vermehren.[36]) Uebrigens hat das Reichs-Eisenbahnamt dafür zu sorgen, dass die deutschen (Reichs-Staats- und Privat-) Eisenbahnen mit einem den Verkehrsbedürfnissen entsprechenden Betriebsmaterial ausgerüstet sind.[37]) Ausserdem ist noch Folgendes zu bemerken:

a. Liegen die beiden erwähnten Voraussetzungen nicht vor, so braucht die Eisenbahn nicht nur kein Frachtgeschäft einzugehen, sondern sie braucht auch die Güter zum Transport nicht eher anzunehmen, als bis die Beförderung derselben geschehen kann.[38]) Doch ist sie verpflichtet, die zugeführten Güter einstweilen bis zur thunlichen Verladung in ihren disponiblen Räumlichkeiten einlagern zu lassen. Die Bahn hat darüber eine Empfangsbescheinigung auszustellen, wogegen der Aufgeber im Frachtbrief sein Einverständniss zu erklären hat, dass die Güter bis zur thunlichen Verladung eingelagert bleiben. Der Abschluss des Frachtvertrags bezw. die Annahme zum Transport erfolgt erst dann, wenn die Verladung des Guts möglich geworden ist, was sich äusserlich durch die Aufdrückung des Expeditionsstempels auf den Frachtbrief dokumentirt.[39]) Damit beginnt dann erst die Verpflichtung zur Transportleistung, Verwahrung und rechtzeitigen Lieferung.

b. Gewisse Gegenstände haben keinen Anspruch auf jederzeitige und sofortige Beförderung. So kann die Beförderung gewisser explosiver Gegenstände

---

[34]) Art. 422 Abs. 1 Z. 3. Regl. § 6 Abs. 1; vgl. Regl. § 43 Abs. 1 S. 2. — Entw. v. 1874 § 29 Abs. 1 Z. 2. — Art. 422 Abs. 1 Z. 3 betrifft nicht die Frage nach dem Dasein der Transportverpflichtung überhaupt, sondern nach der Zeit dieser Verpflichtung. Desshalb sind die Einwendungen Thöls S. 151 Not. 3, S. 152 Not. 6 und Text dazu gegen die Fassung von Regl. § 6 Abs. 1 u. § 55 S. 1 unberechtigt.

[35]) Hahn Art. 422 § 7 S. 702.

[36]) Thöl S. 150, 151.

[37]) R.V. Art. 43. R.Ges. betr. die Errichtung eines Reichs-Eisenbahnamts v. 27. Juni 1873 § 4, 5.

[38]) Art. 422 Abs. 2. Regl. § 55 S. 1.

[39]) Regl. § 55 S. 2, 3. — Entw. v. 1874 § 30; nach § 36 Abs. 1, 2 Z. 2 lit. a dieses Entwurfs gilt jedoch der Frachtvertrag mit Ausstellung des Aufnahmescheins als abgeschlossen; vgl. § 32 Abs. 1.

auf bestimmte Tage und für bestimmte Züge beschränkt werden.[40]) Mitunter, namentlich bei grösseren Quantitäten derselben, ist die Beförderung in Extrazügen vorgeschrieben.[41]) Manche Transporte sind eine bestimmte Zeit zuvor vom Absender der Eisenbahn anzumelden, wie der Transport von Leichen,[42]) Equipagen und Fahrzeugen,[43]) Thieren,[44]) Extrazügen explosiver Gegenstände,[45]) fäulnissfähigen thierischen Abfällen[46]) und Gütern, deren Verladung der Absender selbst besorgt.[47])

IV. Der Zweck der Bestimmungen des Art. 422 könnte vereitelt werden, wenn es den Bahnen frei stünde, in Ansehung der **Zeit der Beförderung** den einen Absender vor dem andern zu begünstigen. Darum untersagt der Abs. 3 dieses Artikels eine derartige zeitliche Begünstigung. Vielmehr haben die Eisenbahnen die Güter nach der Reihenfolge der Auflieferung zu befördern.[48]) Doch kann diese Reihenfolge durchbrochen werden:

1. Aus Gründen, die in den Einrichtungen der Bahn liegen. Jede Bahn transportirt nach einer gewissen Transportordnung, d. h. nach allgemeinen Normen über das Verhältniss der Beförderung der durchgehenden Güter zu den neu aufgelieferten, der Eilgüter zu den gewöhnlichen Frachtgütern, der Extrazüge zu den gewöhnlichen Zügen, der Züge für gewisse Arten von Waaren (z. B. Kohlenzüge) gegenüber den Zügen für andere Waaren. Nur darf bei der Handhabung dieser Transportordnung im Einzelnen der eine Transportsucher nicht vor dem anderen begünstigt werden.[49])

2. Aus Gründen, die in den Transportverhältnissen liegen. Nicht als Begünstigung des einen Absenders erscheint es z. B., wenn eine kleinere Quantität oder in kleinere Colli verpackte Güter vor anderen expedirt werden, weil jene, nicht aber auch diese in den Wagen neben den früher aufgelieferten Gütern noch untergebracht werden können.[50])

In diesen beiden Fällen liegt keine **Begünstigung**[51]) vor, weil ein Jeder aus dem Publikum unter gleichen Voraussetzungen gleich behandelt wird.

3. Aus Gründen des öffentlichen Interesses. Darunter ist nicht bloss das unmittelbare Staatsinteresse, welches durch Krieg, Hungersnoth, Theuerung u. dgl.

---

[40]) Regl. § 48 Anl. D I Z. 3.

[41]) Regl. § 48 Anl. D I Z. 3 a. E.

[42]) Regl. § 34 Abs. 1.

[43]) Regl. § 35 Abs. 1.

[44]) Regl. § 42 Abs. 2, § 43 Abs. 3 S. 1.

[45]) Regl. § 48 Anl. D I Z. 3 a. E.

[46]) Regl. § 48 Anl. D XXXII Z. 1.

[47]) Regl. § 48 Anl. D XXXIII Z. 1; XXXV vbd. m. Regl. § 56 Abs. 7, 8.

[48]) Art. 422 Abs. 3. Regl. § 56 Abs. 5. — Entw. I. Les. Art. 334 Abs. 2 und Entw. II. Les. Art. 370 Abs. 2 legten diese Verpflichtung dem Frachtführer überhaupt auf. Doch wurde die betreffende Bestimmung in III. Les. gestrichen. Monit. 433, 434. Prot. S. 786—788, 4680—4683. — Entw. v. 1874 § 31.

[49]) Hahn Art. 422 § 20 S. 712.

[50]) Hahn Art. 422 § 21 S. 712.

[51]) Dass der Ausdruck „begünstigen" in Art. 422 Abs. 3 zweisinnig ist, bemerkt mit Recht Thöl S. 154 Not. 1.

engagirt wird, sondern auch das allgemeine Interesse, das Interesse des Publikums zu verstehen. Desshalb erscheint es gerechtfertigt, bei Anmeldung grosser Quantitäten von Gütern in Betreff der Expedition solche Vorbehalte zu machen, dass später angemeldete Güter nicht gänzlich zurückgewiesen werden müssen. Und wenn von Einem Absender Güter in solchen Quantitäten zum Transport übergeben werden, dass dadurch alle Transportmittel der Bahn für einige Zeit in Anspruch genommen sein würden, so ist es dem allgemeinen Interesse entsprechend, dazwischen andere wenn auch später aufgelieferte Güter zu befördern. [52])

Auch in diesem dritten Falle liegt keine Begünstigung vor. Denn da die Eisenbahnbeförderung stets dem öffentlichen allgemeinen Interesse entsprechen muss, so ist die Abweichung von der gewöhnlichen Reihenfolge eine prinzipgemässe.

In jeder andern als in zeitlicher Beziehung kann jedoch die Eisenbahn einzelne Transportsucher bezw. Absender begünstigen. Sie kann Differenzialfrachtsätze gewähren; sie kann sowohl in den publizirten Tarifen selbst als auch durch besondere Verabredungen einzelnen Absendern besondere Tarifsätze zu Theil werden lassen. [53]) Sie kann nicht transportpflichtige Güter zu Gunsten einzelner Absender zum Transport zulassen.

V. **Verletzungen des Transportzwangs** sowie überhaupt Zuwiderhandlungen gegen Art. 422 begründen sowohl die Administrativbeschwerde als einen civilen Schadenersatzanspruch. [54]) Dieser Schadenersatzanspruch beruht nicht auf einem Delikte, sondern auf der Verletzung einer gesetzlichen der privatwirthschaftlichen Form des Eisenbahnbetriebes entsprechenden Pflicht, einer obligatio ex lege, und kann in verschiedener Weise begründet werden.

1. Wurde der Transport **schlechtweg** verweigert, so ist möglich:

a. Der Transport wurde auf anderem Wege ausgeführt Alsdann hat die Eisenbahn auf jeden Fall die Differenz zwischen den höheren Transportkosten des andern Transportwegs und den niedrigeren des verweigerten Eisenbahntransports zu ersetzen. Der Absender hat nachzuweisen, dass er diesen Schaden erlitten, und dass die Bahn den von ihm beantragten Transport zurückgewiesen habe. Der Bahn liegt es dann ob, einredeweise darzuthun, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Transportpflicht mangelten. [55]) Bewirkte der anderweitig ausgeführte Transport eine Verspätung, so hat die Bahn ausserdem auch noch für den dadurch erlittenen Schaden aufzukommen, falls sie nicht den Nachweis führt, dass der Transportsucher diese Verspätung hätte vermeiden können.

b. Der Transport wurde in Folge der Weigerung der Bahn gar nicht ausgeführt. Alsdann steht dieselbe für das volle Interesse ein, falls sie nicht dar-

---

[52]) Hahn Art. 422 § 22, 23 S. 712, 713.

[53]) A. M. Eger II S. 341.

[54]) Art. 422 Abs. 4. Regl. § 56 Abs. 5 a. E.

[55]) Die Ansicht Hahns Art. 422 § 4 S. 701, dass der Kläger die Voraussetzungen der Transportpflicht beweisen müsse, verlangt von demselben sehr oft etwas Unmögliches. Wie kann derselbe als Laie beweisen, dass die betreffenden Gegenstände nach den Einrichtungen und der Benutzungsweise der Bahn zum Transport sich eignen?

thut, dass der Transportsucher den Transport in anderer Weise ohne nachtheiligen Erfolg oder mit geringerem nachtheiligen Erfolg hätte ausführen lassen können.

2. Wurde der Transport **zur Zeit** verweigert, so ist möglich, dass derselbe in Folge davon gar nicht, oder mittelst einer anderen Gelegenheit, oder später von der Eisenbahn selbst ausgeführt wurde. Und dann kommen die unter Nr. 1 ausgeführten Grundsätze in entsprechender Weise zur Anwendung.

3. Wurde die **direkte Expedition** verweigert,[56]) so ist die Bahn für die Kosten und die Verzögerung verantwortlich, welche die Umexpedition verursacht, falls nicht die Weigerung der direkten Expedition wegen eines auf einer Nachbahn bestehenden Transporthindernisses gerechtfertigt war.

4. Hat die Bahn die zugeführten Güter **nicht in ihren disponiblen Räumlichkeiten einlagern lassen,**[57]) so haftet sie dem Absender für die dadurch veranlassten Kosten. Die Bahn kann sich nur durch den Nachweis befreien, dass keine Lagerräume disponibel waren.

5. Hat die Eisenbahn den einen Absender vor dem andern **begünstigt,** so haftet sie für den diesem Andern dadurch zugefügten Schaden. Der Kläger hat sowohl die Begünstigung nachzuweisen,[58]) als auch darzuthun, dass er durch diese Begünstigung einen Nachtheil erlitten hat, den er ohne dieselbe nicht erlitten haben würde.[59])

VI. Da die Eisenbahn gesetzlich verpflichtet ist, auf Grund ihrer publizirten Reglements, Tarife und Fahrpläne Transportgeschäfte einzugehen, und desshalb der Inhalt dieser Reglements, Tarife und Fahrpläne für die Willensentschlüsse der einzelnen Transportsucher bestimmend ist, so haftet sie für die **Richtigkeit ihrer Publikationen.** Sie ist desshalb schadenersatzpflichtig, wenn Jemand durch Abschluss oder Nichtabschluss von Transportgeschäften auf Grund irrthümlicher Publikationen oder auf Grund irrthümlicher Mittheilungen in Bezug auf bevorstehende Publikationen benachtheiligt worden ist. Sie ist aber nicht verantwortlich wegen irrthümlicher Mittheilungen ihrer Beamten in Bezug auf bereits richtig publizirte Reglements, Tarife und Fahrpläne, weil diese Jedermann kennen muss, und desshalb derjenige, welcher sich durch derartige irrthümliche Mittheilungen hat bestimmen lassen, in eigener Verschuldung sich befindet. Doch beruht die Haftung der Bahn für unrichtige Auskunftsertheilungen ihrer Beamten nicht auf Art. 400,[60]) der sich nur auf bereits übernommene Transporte bezieht, sondern auf Art. 422 in Verbindung mit der Schlussbestimmung des Reglements.[61])

---

[56]) Regl. § 46.

[57]) Regl. § 55 S. 2.

[58]) Dieser Nachweis wird durch die Vorschrift des Regl. § 56 Abs. 6 erleichtert, wonach die Eisenbahnen solche Einrichtungen zu treffen haben, dass die Reihenfolge der Güterabfertigung konstatirt werden kann.

[59]) Vgl. Hahn Art. 422 § 25 S. 714, 715.

[60]) So Puchelt Art. 391 Anm. 4 c S. 349, 350.

[61]) R.O.H.G. XX 92 S. 373—377.

D. Das Eisenbahnfrachtgeschäft.

§ 355.

1. Die absoluten Haftprinzipien.

Da die Eisenbahnen ein faktisches Transportmonopol besitzen, so wären sie im Stande, durch Reglements oder besondere Verabredungen ihre gesetzliche Haftpflicht im Voraus auszuschliessen oder so zu beschränken, dass dadurch das transportsuchende Publikum rechtlich schutzlos würde. Um dies zu verhüten, hat Art. 423 [1]) die in Artt. 395, 396, 397, 400, 401 und 408 sanktionirten Bestimmungen über die Haftpflicht des Frachtführers den Eisenbahnen gegenüber für prinzipiell absolute Normen erklärt, die einer vorausgehenden Abänderung seitens der Eisenbahnen nur in so weit fähig sind, als Art. 424—431 eine solche zulassen. Reglementarische Festsetzungen oder vertragsmässige Vereinbarungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, sind null und nichtig.

Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

1. Die Eisenbahnen können prinzipiell nicht nur nicht die in den angeführten Artikeln enthaltenen materiellen Schadenersatzprinzipien in Bezug auf den Eintritt, den Umfang oder die Dauer der Haftung, sondern auch nicht die dort aufgestellten Beweisgrundsätze abändern.

2. Zum **Vortheil** des transportsuchenden Publikums können jene Artikel beliebig modifizirt werden. [2])

3. Eine **nachträgliche**, d. h. nach geschehenem und erfahrenem Schaden vereinbarte Modifikation ist statthaft.

4. Die Beschränkung des Art. 423 gilt nur für Güter, die dem Transportzwang unterstehen. Sie gilt nicht für Güter, die an und für sich vom Eisenbahntransport ausgeschlossen oder nur bedingt zu demselben zugelassen sind, falls die Aufstellung der Bedingungen den Eisenbahnen überlassen ist. [3]) Sie gilt dagegen für Güter, die wegen mangelhafter Verpackung zurückgewiesen werden können; denn in Ansehung ihrer ist der Eisenbahn nur die Wahl ge-

---

[1]) Entw. I. Les. Art. 339 verbot alle Verträge, durch welche die in Art. 335—338 (jetzt Art. 395, 397—401) sanktionirten gesetzlichen Verpflichtungen des Frachtführers zum Schadenersatz beschränkt oder aufgehoben werden sollen. Prot. S. 827—830. Nach Entw. II. Les. Art. 376 sollte jedoch diese Bestimmung keine Anwendung finden auf gewöhnliche Fuhrleute, auf gewöhnliche Schiffer und auf Postanstalten. Prot. S. 1230, 1231. Gegen diesen Artikel erhoben die Eisenbahnverwaltungen den heftigsten Widerspruch, während er von kaufmännischer Seite aus ebenso energisch vertheidigt wurde. In III. Lesung wurde der auf gänzliche Streichung gerichtete Antrag abgelehnt, vielmehr der Artikel auf die Eisenbahnen beschränkt, aber seine Strenge durch Zulässigkeit einer Reihe von Modifikationen gemildert. Prot. S. 4689—4692, 4698, 4778, 4779, 5108, 5120, 5121. Monit. 449—454. — Eger III S. 202—214.

[2]) Z. B. Regl. § 69 Abs. 2 „insofern solche u. s. w.“

[3]) Regl. § 48 B Z. 2, 4, § 40 Abs. 3. — Die Besorgniss Thöls, Handelsr. Erörter. S. 8, es könnten die Eisenbahnen die Schutzmassregeln des H.G.B. zum Nachtheil des Publikums elidiren, wenn man die dem Transportzwang nicht unterliegenden Gegenstände von der Bestimmung des Art. 423 ausschlösse, ist unbegründet, seitdem das Reglement die vom Transportzwang ausgenommenen Gegenstände näher fixirt hat.

lassen, sie entweder zurückzuweisen oder sich einen Revers wegen der mangelhaften Verpackung vom Absender ausstellen zu lassen.[4]) Desshalb ist ungiltig Regl. § 25 S. 3.[5])

5. Ein Ausfluss des Prinzipes des Art. 423 ist Regl. § 50 Z. 9. Darnach können die Eisenbahnen die Ausstellung anderer Erklärungen und Urkunden als die des Frachtbriefs nur nach Massgabe des H.G.B. und des Reglements fordern, und dürfen die Frachtbriefe keine Klauseln und Vereinbarungen enthalten, die nicht durch das H.G.B. und das Reglement für statthaft erklärt worden sind. Damit sollte dem Missbrauche mit Reversen gesteuert werden, welche dem Publikum zu dessen Nachtheil aufgebürdet werden könnten.[6])

2. Modifikationen.

§ 356.

a. In Bezug auf den Eintritt und die Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht.

I. Nach Art. 395[1]) haftet der Frachtführer für Verlust und Beschädigung des Frachtguts, falls er nicht nachweist, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist. Darin ist ein zweifaches Prinzip enthalten:

1. Der Frachtführer trägt die Gefahren, welche dem Gute während des Transports drohen, soweit sie durch vernünftige Mittel hätten abgewendet werden können, und zwar ohne Rücksicht darauf, woher sie drohen, und ob ihn oder seine Leute eine Verschuldung trifft.

2. Nicht der Ersatzberechtigte hat die Möglichkeit, sondern der Frachtführer hat die Unmöglichkeit der Gefahrsabwendung zu beweisen.

Nach Art. 424[2]) können diese beiden Grundsätze durch Vereinbarung zwischen Eisenbahn und Absender modifizirt werden. Es kann nämlich bedungen werden, dass die Eisenbahn gewisse Gefahren nicht zu tragen hat, so dass die daraus hervorgehenden Unfälle von ihr nicht vertreten zu werden brauchen. Hat eine solche Vereinbarung stattgefunden, so müsste an und für sich die Eisenbahn im Einzelfall den Kausalnexus zwischen dem eingetretenen Unfall und der ausgeschlossenen Gefahr darthun. Allein durch diese Beweislast würde ihr in der Regel die Gefahr auf indirektem Wege wieder aufgebürdet werden, weil ihr der Beweis der Kausalität misslänge. Desshalb soll dieser Kausalnexus bis zum Nachweis des Gegentheils präsumirt werden. Diese Prä-

---

[4]) Art. 424 Abs. 1 Z. 2. Regl. § 47 Abs. 1, 2. Vgl. o. § 340 S. 331.

[5]) Thöl S. 111; H.R. Erörter. S. 11. A. M. Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 611, 612, XXVIII S. 454. Vermittelnd Hahn Art. 423 § 10 S. 721. S. u. § 362 II 1.

[6]) Eger I S. 120, 121. — Entw. v. 1874 § 33 Abs. 2.

[1]) Regl. § 64 Abs. 1. S. o. § 340 S. 326 ff.

[2]) Monit. 450 (Art. 396 Abs. 1), 451 lit. b, 452 (Art. 396), 453. — Prot. S. 4701 (Art. 399, 400 a), 4787, 4788, 4795—5024, 5108—5111, 5121, 5122. — Eger III S. 215—260.

sumtion ist aber keine gesetzliche, sondern eine **vereinbarte;** sie ist keine wirklich vereinbarte, sondern eine **präsumtiv** vereinbarte. Das H.G.B.[3]) knüpft nämlich an die über den Ausschluss bestimmter Gefahren getroffenen Vereinbarungen die Vermuthung, die Parteien hätten zugleich bedungen, dass bis zum Nachweis des Gegentheils vermuthet werden solle, dass ein eingetretener Schaden, wenn er aus der ausgeschlossenen[4]) Gefahr entstehen konnte, aus derselben auch wirklich entstanden ist. Wir haben also nach dem H.G.B. eine **gesetzliche Vermuthung einer vereinbarten Vermuthung.** Dieses künstliche System des Art. 424 ist wesentlich vereinfacht durch Regl. § 67.[5]) Darnach sind die Gefahren, welche nach Art. 424 durch Vereinbarung ausgeschlossen werden können, kraft **reglementarischer Anordnung** ausgeschlossen, und darnach ist die gesetzliche Präsumtion einer vereinbarten Präsumtion des Kausalnexus umgewandelt zu einer einfachen **gesetzlichen Präsumtion des Kausalnexus.** Wo bloss das Vereinsreglement gilt, da sind jene Gefahren durch Vereinbarung ausgeschlossen, während die gesetzliche Präsumtion einer vereinbarten Präsumtion des Kausalnexus zu einer wirklich vereinbarten Präsumtion umgewandelt ist. Desshalb ist das System des Art. 424 nur noch für die Fälle praktisch, wo das Gut auf einer nicht zum Deutschen Reiche bzw. zum Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen gehörigen Bahn aufgegeben worden ist. Wenn in einem solchen Falle die in Anspruch genommene Eisenbahn von dem aus einer ausschliessbaren Gefahr hervorgehenden Schaden frei sein will, so muss sie den Nachweis führen, entweder dass von jener fremden Bahn eine der Vereinbarungen des Art. 424 getroffen worden oder dass der Schaden während des Transports auf einer deutschen bezw. Vereinsbahn geschehen ist.[6])

Aus der Präsumtion des Art. 424 Abs. 2 bezw. des Regl. § 67 Z. 6 ergeben sich folgende Konsequenzen:

1. Die Präsumtion greift nur dann Platz, wenn der eingetretene Schaden im angegebenen Umfang möglicher Weise aus der ausgeschlossenen Gefahr entstehen konnte. Diesen Nachweis hat die Eisenbahn zu führen. Doch muss die Eisenbahn bloss nachweisen, dass der eingetretene Schaden aus der ausgeschlossenen Gefahr in **abstracto** hat entstehen können, während es dem Gegenbeweise des Klägers vorbehalten bleibt, darzuthun, dass wegen der konkreten die Gefahr begleitenden Umstände der Schaden im gegebenen Falle daraus nicht hat entstehen können.[7]) Allerdings wird in vielen Fällen ein solcher Nachweis

---

[3]) Art. 424 Abs. 2.

[4]) Ungenau sagt Art. 424 Abs. 2: „aus der nicht übernommenen Gefahr".

[5]) Wozu ergänzend Regl. § 44 Abs. 2 gehört. Dazu Eger III S. 260—268. — Vgl. Entw. v. 1874 § 53.

[6]) R.O.H.G. III 11 S. 64.

[7]) Also in dem von W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. X S. 73 Not. 1 angeführten Fall hatte die Eisenbahn bloss nachzuweisen, dass die zur Beförderung aufgegebenen feuchten Knochen in Folge des Gährungsprozesses einen Gewichtsabgang bis zu 10 % erleiden können, nicht dagegen, dass ein solcher Gewichtsverlust bei der nachgewiesenen Beschaffenheit des Guts zur Zeit der Aufgabe während des mehrtägigen Trans-

nicht nothwendig sein, weil die Möglichkeit des Kausalnexus zwischen ausgeschlossener Gefahr und eingetretenem Schaden auch dem Nicht-Sachverständigen unzweifelhaft ist, z. B. dass in offenem Wagen transportirtes Gut durchnässt werden kann. Sehr oft wird sich die Beweislast der Eisenbahn auf den Nachweis beschränken, dass der eingetretene Schaden in seinem **vollen Umfange** auf die ausgeschlossene Gefahr als den in abstracto möglichen zureichenden Grund zurückgeführt werden kann. Unter keinen Umständen braucht die Eisenbahn die Möglichkeit der konkreten Kausalität nachzuweisen. Denn das hiesse in den meisten Fällen Nichts, als ihr den Beweis des wirklichen Kausalzusammenhangs selbst aufbürden.[8])

2. Die Präsumtion wird gebrochen, wenn der Ersatzberechtigte nachweist, dass der eingetretene Schaden aus der ausgeschlossenen Gefahr in concreto gar nicht hat entspringen können; z. B. er liefert den Beweis, dass es gar nicht geregnet hat während der Zeit, wo die unbedeckte in durchnässtem Zustande abgelieferte Waare transportirt wurde.[9]) Dasselbe ist der Fall, wenn der Kläger nachweist, dass obschon der eingetretene Schaden aus der ausgeschlossenen Gefahr entstehen konnte, derselbe doch im gegebenen Falle ohne Mitwirkung der ausgeschlossenen Gefahr lediglich aus einer nicht ausgeschlossenen Gefahr entstanden ist.[10])

3. Die Eisenbahn ist schadenersatzpflichtig, wenn nachgewiesen wird, dass der Schaden durch Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute entstanden ist.[11]) Denn die Gefahr beginnt erst jenseits der Verschuldung, und von den Folgen der Verschuldung soll sich die Eisenbahn nicht im Voraus liberiren können.[12]) Sobald daher der Schade auf ein Ereigniss zurückgeführt werden kann, welches vermieden worden wäre, wenn die Bahnverwaltung oder ihre Leute die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers prästirt hätten, so ist die Bahn schadenersatzpflichtig. Die Verschuldung ist also eine vertragsmässige und keine aquilische.[13]) Sie besteht hier immer in der Verwirklichung der ausgeschlossenen Gefahr, sei es durch frachtwidriges Handeln, sei es durch frachtwidriges Unterlassen. Fraglich ist nur, was hier als frachtwidrig angesehen werden muss. Die Antwort kann sich nur aus dem ganzen Zusammenhang des Art. 424 bzw. des Regl. § 67 ergeben. Darnach soll unstreitig die strenge Verwahrungspflicht (Rezeptshaftung) der Eisenbahn in Beziehung auf gewisse

---

ports möglich war. Vgl. R.O.H.G. VI 36 S. 177, XIX 45 S. 134. Entw. v. 1874 § 53 Abs. 3. Hahn Art. 424 § 19 S. 735, 736. A. M. Thöl S. 168.

[8]) Zum Theil a. M. W. Koch a. a. O. Hahn S. 736 Not. 31.

[9]) R.O.H.G. XVII 65 S. 303, 304.

[10]) R.O.H.G. XVII 65 S. 305; vgl. VIII 77 S. 330.

[11]) Art. 424 Abs. 3. Regl. § 67 Z. 7. — Und zwar muss der Kläger nicht bloss dieses Verschulden, sondern auch den Kausalnexus zwischen Verschulden und Schaden nachweisen. R.O.H.G. XV 32 S. 86.

[12]) Dies geht aus Art. 424 Abs. 3 in Verb. m. Art. 423: „sind nicht befugt . . ausser soweit solches durch die nachfolgenden Artikel zugelassen ist", hervor. Hahn Art. 424 § 20 S. 737.

[13]) R.O.H.G. XV 32 S. 88.

Gefahren ausgeschlossen werden. Besteht nun diese Verwahrungspflicht im Allgemeinen darin, dass der Frachtführer und so auch die Eisenbahn einsteht für Verlust und Beschädigung aus Gefahren, welche durch besondere Voraussicht und besondere Vorkehrungen, ohne dass dieselben ein vernünftiges Mass überschreiten, abgewendet werden können, und ist die Eisenbahn demnach indirekt verpflichtet, die entsprechenden Vorsichts- und Vorkehrungsmassregeln zu treffen, so soll ihr nach Art. 424 in Ansehung der dort bezeichneten Gefahren diese Pflicht nicht aufliegen und sie nicht verantwortlich sein, wenn sie jene Massregeln nicht getroffen hat. Spricht sodann Art. 424 Abs. 3 aus, dass trotzdem die Eisenbahn haften solle, wenn der aus einer der ausgeschlossenen Gefahren entstandene Schaden durch Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute entstanden ist, so kann dieses Verschulden nicht in dem Unterlassen jener besonderen Vorsichtsmassregeln liegen, sondern nur in dem Unterlassen der gewöhnlichen Vorsichtsmassregeln, welche unter gleichen Verhältnissen ein ordentlicher Mann zum Schutze der ihm anvertrauten Sachen ergreift.[14]) Doch braucht die Bahn zu ihrer Entschuldigung nicht nachzuweisen, dass sie diese Massregeln ergriffen hat, sondern der Kläger muss den Beweis ihres Verschuldens führen. Auch braucht der Schaden nicht gerade eine **nothwendige** Folge der gefährlichen Transportweise zu sein,[15]) um die Verschuldung der Eisenbahn auszuschliessen; es genügt, dass er eine solche Folge war, die nur durch spezielle Vorkehrungsmassregeln verhütet werden konnte.[16])

4. Die Befreiung von den nach Art. 424 bezw. Regl. § 67 ausgeschlossenen Gefahren ist auch für die Zeit der Verzögerung des Transports wirksam; dessgleichen auch die dort statuirte Präsumtion des Kausalzusammenhangs, da Ausschliessung der Gefahr und Präsumtion des Kausalzusammenhangs mit einander parallel gehen.[17]) Nur muss die Verzögerung eine unverschuldete sein, weil bei verschuldeter Verzögerung das Wirksamwerden der Gefahr auf das Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute zurückzuführen wäre. Die Entschuldbarkeit der Verspätung hat jedoch die Eisenbahn nachzuweisen, während dem Ersatzberechtigten der Beweis obliegt, dass nur in Folge derselben die ausgeschlossene Gefahr wirksam geworden, oder dass ohne dieselbe der Schaden

---

[14]) Desshalb sind theilweise unrichtig die Gründe des R.O.H.G. XIII 127 S. 399; 137 S. 433. Es kann der Bahn allerdings als Schuld angerechnet werden, wenn sie bei einer Verzögerung des Weitertransports den offenen Wagen nicht in einen bedeckten Raum schaffen lässt. Denn die Unterlassung der Sorgfalt, welche ein ordentlicher Transportant unter gleichen Verhältnissen anwendet, ist eben Verschuldung. Vgl. IX 100 S. 337, 338. Nur darf sich der Transportinteressent nicht in Annahmeverzug befinden. R.O.H.G. XI 97 S. 295. — Die spezielle Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers kommt hierbei nicht in Betracht, da sie, vom receptum abgesehen, in Beziehung auf die Konservirung des Frachtguts nichts Spezifisches enthält.

[15]) Wie R.O.H.G. XX 65 S. 239 annimmt.

[16]) Richtig R.O.H.G. VIII 77 S. 330, XVII 64 S. 296, 301. — Vgl. Hahn S. 728 Not. 14.

[17]) Art. 424 Abs. 2: „Ist . . . bedungen, so gilt zugleich als bedungen“ u. s. w. Regl. § 67 Z. 6. — A. M. Thöl S. 169—171, insbesondere S. 170 Not. 3.

nicht eingetreten wäre.[18]) Doch kann auch die unverschuldete Transportverzögerung für den Ersatzanspruch bedeutend werden, insofern sie die Pflicht der Eisenbahn begründen kann, Massregeln während des verzögernden Hindernisses zu ergreifen, die sie ausserdem nicht hätte ergreifen müssen, z. B. den Wagen in einen gedeckten oder diebessichern Raum zu bringen.

Dagegen greift wieder die gewöhnliche Haftung nach Art. 395 Platz, wenn das Gut nach der Ankunft am Bestimmungsort verfahren wird, oder wenn eine Verzögerung der Auslieferung desselben stattfindet.[19])

II. Die nach Art. 424 ausschliessbaren bezw. nach Regl. § 67 ausgeschlossenen Gefahren sind folgende:

1. **Die Gefahren, die mit dem Transporte in unbedeckten,[20]) d. h. nicht mit festem Verdecke versehenen, Wagen verbunden sind,** falls diese Transportart mit dem Absender vereinbart ist.[21]) Solche Gefahren sind namentlich schädliche Witterungseinflüsse (Durchnässen, Eintrocknen),[22]) aber auch Diebstahl,[23]) Feuer[24]) u. s. w. Eine Reihe dieser Gefahren kann allerdings beim Transport in unbedeckten Wagen als unabwendbar, als vis major, angesehen werden, so dass schon die Vereinbarung eines solchen Transports für sich allein genügt, um die Eisenbahn von der ausserdem stattfindenden Haftung zu befreien. Allein unrichtig ist die Ansicht, dass im Falle einer solchen Vereinbarung alle mit dem Transport in unbedeckten Wagen zusammenhängenden Gefahren als höhere Gewalt betrachtet werden müssten.[25]) Ein unbedeckter Wagen macht zwar die Verwahrung des Guts gegen gewisse schädliche Einwirkungen (z. B. Witterungseinflüsse) unmöglich, gegen andere aber (z. B. Diebstahl)[26]) bloss schwieriger, ohne sie auszuschliessen; die Wagendecke ist allerdings das beste Mittel, um diese letzteren Unfälle zu verhüten, aber sie ist immer nur **Ein** und nicht das einzige Mittel. Desshalb gewährt die Vereinbarung des Transports in unbedeckten Wagen der Eisenbahn den Vortheil, dass sie nicht bloss für unabwendbare, sondern auch für solche abwendbaren Unfälle nicht haftet, welche nur durch Entfaltung einer über die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes hinausgehenden Diligenz beseitigt werden können.[27])

---

[18]) Art. 397. R.O.H.G. XIII 127 S. 399, 400; vgl. VIII 77 S. 130. S. o. § 339 S. 321, 322.

[19]) R.O.H.G. XI 97 S. 296, XIII 137 S. 433.

[20]) Dass „unbedeckt“ und „offen“ identisch ist, s. Prot. S. 4795 ff., 5108. R.O.H.G. XII 39 S. 120, XIV 72 S. 219. Thöl S. 173, 174.

[21]) Art. 424 Abs. 1 Z. 1. Regl. § 67 Z. 2 Abs. 1 S. 1. Prot. S. 4795—5001. — Entw. v. 1874 § 53 Abs. 2 Z. 1.

[22]) R.O.H.G. III 11 S. 59—64; 21 S. 101—107, XI 97 S. 296, XIII 138 S. 430—433; vgl. XVII 64 S. 300.

[23]) R.O.H.G. VI 36 S. 175—180.

[24]) R.O.H.G. IX 100 S. 337, 338, XV 32 S. 87—91.

[25]) So Thöl S. 174, 175. Nicht ganz bestimmt Hahn Art. 424 § 1 S. 725.

[26]) Vgl. Regl. § 67 Z. 2 Abs. 2.

[27]) Vgl. U. d. Stadtamts Frankfurt a. M. v. 7. Januar 1869, bestätigt durch Stadtger. und App.Ger. in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 599.

Die Eisenbahnen führen in ihren Tarifen die Güter auf, welche zu ermässigten Sätzen in unbedeckten Wagen befördert werden, falls nicht der Absender bei der Aufgabe durch schriftlichen Vermerk auf dem Frachtbriefe die Beförderung des betreffenden Guts in gedeckten oder mit Decken versehenen Wagen ausdrücklich verlangt. Stellt er kein solches Verlangen, so gibt er dadurch sein Einverständniss mit dem Transport in unbedeckten Wagen zu erkennen und dieser Transport erscheint als vereinbart. Stellt er aber ein solches Verlangen, so muss die Eisenbahn unter den Voraussetzungen des Art. 422 Abs. 1 in bedeckten Wagen befördern, kann jedoch ihrerseits einen Zuschlag zu der tarifmässigen Fracht erheben.[28])

Andere Güter werden nur in Folge **besonderer Vereinbarung** (im Gegensatz zu reglementarischer Vereinbarung) in ungedeckten Wagen befördert, so dass keiner der beiden Kontrahenten zu dieser Beförderungsweise genöthigt werden kann. Lässt sich aber die Eisenbahn darauf ein, so kann unter der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr auffallender Gewichtsabgang oder Abgang von ganzen Colli nicht verstanden werden.[29]). Macht also der Transportinteressent einen solchen Abgang geltend, so muss die Eisenbahn Ersatz leisten, falls ihr nicht der Beweis der vis major gelingt.[30])

Hat die Eisenbahn, obschon sie bedungener Massen unbedeckte Wagen verwenden durfte, in Wirklichkeit in bedeckten Wagen transportirt, so ist eben ein Transport in bedeckten Wagen gegeben. Die Bahn hat alsdann mehr gethan, als sie thun musste, indem sie die Massregeln ergriff, welche zur Abwendung der dem Transport in ungedeckten Wagen eigenthümlichen Gefahren geeignet sind. Da diese eigenthümlichen Gefahren nicht mehr vorliegen, so kann auch von der Kausalitätspräsumtion nicht mehr die Rede sein. Selbstverständlich kann jedoch die Eisenbahn in diesem Falle nicht den höheren Frachtsatz verlangen.

Hat die Eisenbahn bei Ausbedingung des Transports in offenem Wagen den letzteren mit einer Decke (Persenning) versehen, so liegt nichtsdestoweniger ein Transport in unbedecktem Wagen vor, so dass Art. 424 Z. 1 bezw. Regl. § 67 Z. 2 Anwendung findet.[31]) Gleichgiltig ist es, ob die Decke unentgeltlich oder gegen Vergütung von der Bahn gegeben worden ist.[32]). Ist aber der Transport in einem **offenen mit einem Persenning bedeckten Wagen** als solcher vereinbart, so haftet die Eisenbahn nur für diejenigen Gefahren nicht, welche durch die vereinbarte Bedeckung nicht ausgeschlossen werden, und nur in so weit gilt auch die Kausalitätspräsumtion.[33])

[28]) Regl. § 67 Z. 2 Abs. 1 S. 2, 3. R.O.H.G. III 11 S. 62.

[29]) Regl. § 67 Z. 2 Abs. 2. Diese Bestimmung involvirt einen Eingriff in das in Art. 424 Abs. 1 Z. 1 den Eisenbahnen gewährte Recht, und hat desshalb keine gesetzliche, sondern nur eine vertragsmässige Kraft. S. o. S. 470 Text zu Not. 18.

[30]) Die Ansicht Thöls S. 176, dass die Eisenbahn auch wegen vis major hafte, ist unbegründet und hängt zusammen mit seiner irrigen Auffassung über die Bedeutung der Verabredung des Transportes in unbedeckten Wagen.

[31]) R.O.H.G. XIII 39 S. 120. Thöl S. 177.

[32]) R.O.H.G. XIV 72 S. 219, 220, XX 65 S. 239.

[33]) Thöl S. 177, 178.

2. **Die Gefahren, welche mit dem Mangel der Verpackung oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbunden sind,** falls Güter, ungeachtet deren Natur eine Verpackung zum Schutz gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transport erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbrief unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben sind.[34])

a. Die Erklärung, dass das Gut unverpackt oder mangelhaft verpackt aufgegeben sei, muss von dem Absender selber herrühren und jedenfalls auf dem Frachtbrief selbst stehen; daneben kann aber die Eisenbahn noch eine besondere vom Absender unterschriebene Erklärung verlangen, deren Wortlaut durch ein Formular vorgeschrieben ist, welches in den Expeditionen bereit gehalten wird.[35])

b. Nimmt die Eisenbahn unverpacktes oder mangelhaft verpacktes Gut ohne solche Erklärung auf dem Frachtbrief an, so hat sie für Verpackung bezw. bessere Verpackung zu sorgen; sonst haftet sie nach Art. 395.[36])

c. Die spezifischen Gefahren der fehlenden oder mangelhaften Verpackung sind insbesondere Bruch, sonstige Beschädigung, Gewichtsminderung, aber auch Diebstahl.[37])

3. **Die Gefahren, welche mit dem Auf- und Abladen oder mit mangelhafter Verladung verbunden sind,** wenn das Auf- und Abladen der Güter nach Reglement, Tarif oder besonderer Vereinbarung mit dem Absender von diesem bezw. dem Empfänger besorgt wird.[38])

a. Dem Auf- und Abladen des Absenders und Empfängers steht gleich das Auf- und Abladen ihrer Leute oder anderer Personen, deren sie sich dazu bedienen.[39])

b. Uebergibt der Absender der Eisenbahn einen bereits verladenen Wagen, z. B. einen von einer anderen Bahn überkommenen Wagen, so hängt es von den konkreten Umständen bezw. von den Reglements oder besonderen Vereinbarungen ab, ob die Eisenbahn das Frachtgut im Zustand der Verladung übernommen hat und demgemäss der Sorge für richtige Verladung enthoben sein solle oder aber ob sie die Verladung zu prüfen, eventuell eine Umladung vorzunehmen hat.[40])

c. Zu den ausgeschlossenen Gefahren gehören auch hier namentlich Bruch, sonstige Beschädigung, Abgang, aber auch Diebstahl.[41])

---

[34]) Art. 424 Abs. 1 Z. 2. Regl. § 67 Z. 3. Prot. S. 5008, 5009. — Entw. v. 1874 § 53 Abs. 2 Z. 2.

[35]) Regl. § 47 Abs. 1, 2. S. o. § 354 Text zu Not. 20 S. 479.

[36]) S. o. § 340 S. 330, 331.

[37]) R.O.H.G. VI 36 S. 178.

[38]) Art. 424 Abs. 1 Z. 3. Regl. § 67 Z. 4. Prot. S. 5001—5008. R.O.H.G. VI 36 S. 180. — Der Grund der Selbstverladung und Selbstabladung ist theils Ersparung an der Fracht, wie bei den sog. Ballastartikeln (Holz, Kohlen, Steine, rohe Feld- und Bergprodukte), theils das Erforderniss besonderer Sachkunde. Regl. § 48 Anl. D. I Z. 4 Abs. 1, Z. 11 Abs. 2; XVI Z. 4; XVII; XVIII; XIX Abs. 3: XXII Abs. 2; XXV; XXXIII Z. 1; XXXV, § 40 Abs. 1 S. 2. — Entw. v. 1874 § 53 Abs. 2 Z. 3.

[39]) R.O.H.G. XIII 47 S. 131, 132. Thöl S. 181.

[40]) R.O.H.G. XIII 47 S. 130—133.

[41]) R.O.H.G. VI 36 S. 177.

d. Ein Ausfluss des allgemeinen Prinzips des Art. 424 Abs. 1 Z. 3 und des Regl. § 67 Z. 4 ist die Bestimmung des Regl. § 50 Z. 2 Abs. 1, 2, dass bei Selbstverladung bezw. Selbstabladung die Angabe des Gewichts oder der Menge des Guts in dem Frachtbriefe keinen Beweis gegen die Eisenbahn liefert, sofern nicht die bahnseitige Feststellung der Stückzahl oder des Gewichts stattgefunden hat und auf dem Frachtbriefe bescheinigt ist.[42])

4. **Die Gefahren, welche mit der eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit gewisser Güter verbunden sind, sei es wegen dieser Beschaffenheit allein, sei es wegen des Hinzukommens des Transports, Verlust oder Beschädigung zu erleiden,** namentlich durch Bruch, Rost, inneren Verderb, aussergewöhnliche Leckage, Selbstentzündung u. s. w.[43]) Demzufolge haftet die Eisenbahn

a. bei gefährlichen Substanzen, als: Schwefelsäure, Scheidewasser und andern ätzenden, sowie bei leicht entzündlichen Gegenständen **nicht überhaupt.**[44])

b. Bei leicht zerbrechlichen Sachen, als: leicht zerbrechlichen Möbeln, leicht zerbrechlichem Eisenguss, Glas, leeren oder gefüllten Krügen, Flaschen und Glasballons, Zucker in losen Broden u. s. w. haftet sie **nicht für den Bruch.**

c. Bei Flüssigkeiten und anderen Gegenständen, welche leicht in Gährung oder Fäulniss übergehen, oder durch Frost oder Hitze leiden, steht sie **nicht für das Verderben** ein.

d. Bei Metallwaaren haftet sie **nicht für das Einrosten** und

e. bei frischen und gesalzenen Fischen, Austern und Südfrüchten haftet sie **nicht für Gewichtsverluste.**[45])

---

[42]) Eger I S. 99, 100. S. o. § 338 S. 309. — Entw. v. 1874 § 34 Abs. 2, 3.

[43]) Art. 424 Abs. 1 Z. 4. Regl. § 67 Z. 1. Prot. S. 5018—5022. — Entw. v. 1874 § 53 Abs. 5.

[44]) Die Ansicht Thöls S. 183, 184, dass diese Bestimmung des Reglements § 67 Z. 1 lit. a unstatthaft sei, beruht auf einem Missverständniss derselben. Die Bestimmung sagt nicht: „dass überhaupt nicht gehaftet werde in Betreff der unter a genannten Sachen", sondern sie sagt: Die Eisenbahn haftet bei gefährlichen Substanzen geradeso nicht überhaupt, wie sie bei leicht zerbrechlichen Sachen speziell nicht für Bruch, bei Metallwaaren speziell nicht für das Einrosten u. s. w. haftet. M. a. W.: bei gefährlichen Substanzen kann jeder Schade auf die eigenthümliche natürliche Beschaffenheit derselben zurückgeführt werden, während bei leicht zerbrechlichen Sachen nur der Bruch, bei Metallwaaren nur das Einrosten u. s. w. sich auf deren eigenthümliche Beschaffenheit zurückführen lässt. Desshalb haftet die Eisenbahn unter denselben Voraussetzungen bei gefährlichen Substanzen für Verlust und Verderb, unter welchen sie bei leicht zerbrechlichen Sachen für Bruch, bei Metallwaaren für das Einrosten u. dgl. haftet, d. h. also wenn der Kläger Verlust und Verderb entweder auf eine andere Ursache als die natürliche Beschaffenheit des Guts oder auf Verschulden der Bahnverwaltung und ihrer Leute zurückführen kann. Vgl. auch Hahn Art. 424 § 12 S. 731, 732 u. Eger III S. 261, 262, die übrigens ebenfalls die Bestimmung von lit. a nicht vollständig richtig erfasst haben.

[45]) Auch in Bezug auf diese Bestimmung sind die von Thöl S. 183, 184 gemachten Erinnerungen unhaltbar. Thöl verwechselt Gewichtsverlust mit Sachverlust. In Wirklichkeit handelt es sich bei den unter lit. e genannten Gegenständen nicht um Ver-

5. **Die besonderen Gefahren für lebende Thiere, welche mit deren Transport verbunden sind.**[46]) Daher leistet nach dem Reglement die Eisenbahn insbesondere keinen Ersatz, wenn der Verlust oder die Beschädigung durch Entspringen, Fallen, Stossen, Ersticken oder aus sonstigen Ursachen beim Einladen, Ausladen, während des Transports oder beim Aufenthalt auf dem Bahnhof entstanden ist. Diese Bestimmung des Reglements ist aber nur unter der Einschränkung wirksam, dass ein solcher Unfall aus der Transportweise gerade eines solchen Thieres, wie das transportirte (nicht jedes beliebigen Thieres), entstanden ist bezw. entstanden sein kann. So exkulpirt z. B. nicht das Entspringen eines jeden Thieres die Eisenbahn, sondern nur das Entspringen eines solchen Thieres, mit dessen eigenthümlicher Transportweise die Gefahr des Entspringens verbunden ist. Auch die „sonstigen Ursachen" sind nur solche, welche gerade durch den Transport der Thiere und zwar der betreffenden Thiere gegeben sind.[47]) Allein da der Absender bezw. Empfänger das Ein- und Ausladen der Thiere selbst besorgen muss, und die Eisenbahn ausserdem noch Begleitung fordern kann, so ist die Haftung der Eisenbahn auch aus diesen Gründen eingeschränkt.[48])

6. **Die Gefahren, deren Abwendung durch die reglementarisch angeordnete oder besonders verabredete Begleitung gewisser Güter bezweckt wird.**[49])

a. Welche Gefahren durch die Begleitung abgewendet werden **sollen**, ist Thatfrage und unterliegt der Vereinbarung der Parteien. Im Zweifel wird man wohl davon auszugehen haben, dass alle Gefahren, die durch die Begleitung abgewendet werden können, durch dieselbe auch abgewendet werden sollen. Jedenfalls kann eine Befreiung nur von solchen Gefahren bedungen werden, die durch Begleitung überhaupt abwendbar sind, also nicht von allen beliebigen Gefahren.[50]) Daher ist die in Ansehung des begleiteten Thiertransports gegebene Bestimmung des Regl. § 44 Abs. 2 S. 3: „Dahin sind **alle Gefahren** zu rechnen, welche nicht aus einer von der Eisenbahn zu vertretenden Beschädigung des zum Transport benutzten Fahrzeugs entstehen", an und für sich ungiltig.[51]) Sie ist jedoch praktisch unschädlich, weil sich nicht leicht eine Gefahr finden wird, welche nicht entweder durch die Begleitung abgewendet

---

lust, sondern um eine Art Verderb. Desshalb ist auch die Bahn wegen des grössten Gewichtsverlustes frei, falls nur die Colli vollzählig da sind, und dieser grösste Gewichtsverlust aus der eigenthümlichen Natur der transportirten Sache erklärlich ist. Hätte das Reglement diese Gegenstände wie Sachen, „welche bis auf ein Minimum verduften, verdunsten können", behandeln wollen, so hätte es dieselben unter lit. a subsumirt. Vgl. Hahn u. Eger a. a. O.

[46]) Art. 424 Abs. 1 Z. 5. Regl. § 44 Abs. 2 S. 1. Prot. S. 5015—5017. — Entw. v. 1874 § 53 Abs. 2 Z. 4.

[47]) Hahn Art. 424 § 13 S. 732, 733. Thöl S. 191.

[48]) Regl. § 40 Abs. 1, 4, § 44 Abs. 2 S. 2, 3.

[49]) Art. 424 Abs. 1 Z. 6. Regl. § 67 Z. 5. Prot. S. 5017, 5018. — Entw. v. 1874 § 53 Abs. 2 Z. 5.

[50]) Prot. S. 5017. Thöl S. 192, 193.

[51]) Thöl S. 193, 194.

werden kann, oder sich aus der Transportweise der Thiere (möglicherweise in unbedeckten Wagen) ergibt, oder mit deren Auf- oder Abladen verbunden ist, oder mit einer von der Eisenbahn zu vertretenden Beschädigung des zum Transport benutzten Fahrzeugs zusammenhängt. Welche Gefahren bei andern Gegenständen durch Begleitung abgewendet werden **können**, ist quaestio facti und hängt von der Natur und Beschaffenheit dieser Gegenstände ab.

b. Nach dem Reglement **müssen** begleitet werden:

α. Leichen;[52])

β. die in § 48 Anl. D I aufgeführten Spreng- und Explosivstoffe bei Aufgabe von mehr als Einer Wagenladung;[53])

γ. Thiere, falls dieselben aus Grossvieh bestehen und eine Sendung eine oder mehrere Wagenladungen ausmacht; andernfalls ist der Eisenbahn das Verlangen einer Begleitung gestattet.[54])

Als gestattet vorausgesetzt ist sodann das Verlangen einer Begleitung

δ. bei Equipagen und anderen Fahrzeugen.[55])

Bei allen anderen Gegenständen kann die Eisenbahn keine Begleitung verlangen, ausser etwa in dem Falle, wo die Eisenbahn dem Absender für die Begleitung solche Gegenkonzessionen macht (z. B. Frachtermässigung), dass in Folge davon dem Publikum günstigere Bedingungen gewährt werden. Denn ohne solche Gegenkonzessionen würde dem Absender eine nach dem Reglement nicht zugelassene lästige Bedingung auferlegt werden.[56]) Dagegen kann allerdings der Absender die Begleitung freiwillig übernehmen, und wenn dies im Einverständniss mit der Eisenbahn geschieht, so liegt ein begleiteter Transport vor.[57])

c. Beim begleiteten Transport haftet die Eisenbahn nicht für den Schaden, der aus den Gefahren entstanden ist, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird. Es ist also auch eine Begleitung denkbar, die nicht die Abwendung von Gefahren oder vielleicht auch nicht aller abwendbarer Gefahren bezweckt, z. B. beim Transport von Equipagen und andern Fahrzeugen. Ein derartiger Begleiter ist zwar keine Person, deren sich die Eisenbahn zur Ausführung des von ihr übernommenen Transports bedient im Sinne des Art. 400[58]); desshalb haftet sie auch nicht für den Schaden, welchen derselbe durch seine positive Thätigkeit an den begleiteten Gegenständen herbeiführt, z. B. durch Diebstahl, Sachbeschädigung. Allein die Eisenbahn kann sich nicht darauf be-

---

[52]) Regl. § 34 Abs. 3.

[53]) Anl. D I Z. 7.

[54]) Regl. § 40 Abs. 4. Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 13. Juli 1879 betr. Bestimmungen über die Verladung und Beförderung von lebenden Thieren auf Eisenbahnen (Centralblatt S. 479—482) § 8, wonach für je 3 Wagen mindestens 1 Begleiter zu stellen ist.

[55]) Regl. § 37, 38 Abs. 1, 4.

[56]) Regl. Einleit. Abs. 3. Irrig Thöl S. 192.

[57]) Vgl. Regl. § 38 Abs. 1 S. 2.

[58]) Darin geht Thöl S. 192, 193 zu weit.

rufen, wenn durch sein Unterlassen ein Schaden nicht abgewendet wird, der durch seine Begleitung abgewendet werden kann; denn sie ist rechtlich nicht befugt, sich auf einen solchen Begleiter zu verlassen.

d. Die Begleitung schliesst die Rezeptshaftung der Eisenbahn niemals ganz aus. Nur wenn sich ihre Verpflichtung lediglich auf die Traktion beschränkt, ist sie bloss als Transportant und nicht als Frachtführer verantwortlich.[58a])

III. Weitere Modifikationen des Art. 395, die sich hauptsächlich auf die in demselben statuirte Beweislast erstrecken, sind folgende:

1. Wenn der Passagier sein Reisegepäck nicht zum Transport gegen Gepäckschein aufgibt, sondern dasselbe bei sich behält oder einer andern an der Reise betheiligten Person in Verwahrung gibt, sog. Handgepäck,[59]) so liegt kein receptum vor, mag man in Bezug auf das Handgepäck einen besonderen Gütertransport oder, was richtiger ist, bloss einen erweiterten Personentransport annehmen.[60]) Es ist desshalb selbstverständlich, dass die Eisenbahn für Verlust oder Beschädigung solchen Reisegepäcks nur dann haftet, wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen wird. Darum braucht sie sich ihre Befreiung von der Rezeptshaftung nicht besonders auszubedingen, wie dies Art. 425[61]) Z. 1 S. 1 zulässt, und darum ist nach dieser Richtung hin die Bestimmung dieses Artikels sowie die des Regl. § 29 Abs. 3 bedeutungslos.[62]) Doch haben dieselben nach zwei andern Seiten hin Bedeutung, nämlich:

a. Das unexpedirt mitgenommene Reisegepäck, d. h. das auf Haltestellen angenommene und das zu spät eingelieferte Reisegepäck, ist zwar in den Gewahrsam der Bahn gekommen, wird aber bis zum Zeitpunkt der Expedirung als zum Transport aufgegeben nicht angesehen.[63]) Der Art. 425 Z. 1 ermöglicht es nun, die Rezeptshaftung auch für solches Reisegepäck auszuschliessen, trotzdem es die Eisenbahn in Gewahrsam hat, und das Regl. § 29 Abs. 3 hat dies gethan.

[58a]) Entw. v. 1874 § 59 Abs. 1 Z. 2.

[59]) Regl. § 27.

[60]) S. o. § 351 IV S. 461 u. unten § 364 II. Dass bei begleiteten Gütern in Beziehung auf den Begleiter von keinem erweiterten Frachtvertrag, sondern von einem zum Frachtvertrag hinzutretenden Passagiervertrag gesprochen werden müsse (Thöl S. 200 Nr. 1), ist nicht überall richtig (s. o. S. 299), und wo es richtig ist, beweist es Nichts gegen die Annahme eines erweiterten Passagiervertrags, weil Mensch und Reisegepäck inkommensurable Dinge sind. Keinenfalls liegt, wie Thöl S. 198, 199 und Eger III S. 294, 295 meinen, ein Frachtvertrag vor, da die Eisenbahn dieses Handgepäck nicht in Gewahrsam bekommt, man müsste denn den Passagier als Kustodienten für die Eisenbahn ansehen, und man müsste einen Unterschied statuiren, je nachdem der Reisende seinen Ueberzieher anzieht oder aber ausgezogen neben sich legt.

[61]) Monit. 450 (Art. 396 Abs. 1 Z. 1), 451—453. Prot. S. 4701 (Art. 400 a Nr. 1), 4786 (II ad 1 a, b), 5010—5014, 5111, 5122. — Eger III S. 290—306.

[62]) Prot. S. 5010. — Hahn Art. 390 § 9 S. 576, Art. 425 § 3 S. 739—741. Puchelt Art. 390 Anm. 6 S. 347. Eger I S. 25 in Widerspruch mit III S. 294, 295.

[63]) Regl. § 26 Abs. 2, 3. — S. u. § 362 II 2.

b. Da für nicht aufgegebenes Reisegepäck der Art. 395 nicht massgebend ist, so gilt auch die absolute Bestimmung des Art. 423 nicht für dasselbe. In Folge davon könnten die Eisenbahnverwaltungen ihre Verantwortlichkeit in Ansehung desselben so weit ausschliessen, als die guten Sitten dies zuliessen, also namentlich auch für den Fall ihrer oder ihrer Leute Verschuldung, insoweit nicht dolus oder culpa lata vorläge. Aber der Art. 425 Z. 1 bezw. das Regl. § 29 Abs. 3 trifft indirekt die Bestimmung, dass die Eisenbahnen ihre Verantwortlichkeit wegen Verschuldens der Verwaltung oder ihrer Leute nicht ausschliessen können.[64])

Wann ein Verschulden hier anzunehmen sei, kann im konkreten Falle oft sehr schwer zu entscheiden sein. Keinem Zweifel unterliegt es, dass die Bahn für den Schaden verantwortlich ist, welcher durch die positive Thätigkeit ihrer Leute sowie durch die mangelhafte Beschaffenheit ihrer Transportmittel herbeigeführt worden ist. Fraglich kann nur sein, wie weit sie für custodia haftet. **Hahn**[65]) glaubt, dass die Eisenbahn zu einer gewissen custodia, z. B. gegen die Entwendungen nicht mitreisender oder nicht in dasselbe Koupee gehöriger Personen verpflichtet sei. Allein dies ist nur richtig unter der Voraussetzung, dass sie den Gewahrsam an dem fraglichen Reisegepäck hat;[65a]) denn ohne Gewahrsam ist custodia undenkbar.

2. Dem nicht zum Transport aufgegebenen Reisegepäck stellt Art. 425 Z. 1 S. 2 die **Gegenstände** gleich, **welche sich in Reise-Equipagen befinden.** Dem entsprechend schliesst Regl. § 38 Abs. 4 die Schadenshaftung in Ansehung derselben in so weit aus, als nicht ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen ist. Allein das Reglement dehnt seine Bestimmung auf die in anderen Fahrzeugen (z. B. Lokomotiven, Tendern, anderen Eisenbahn Fahrzeugen, Möbelwagen, Künstler- und Menageriewagen, Feuerspritzen u. dgl.) befindlichen Gegenstände aus, und diese Ausdehnung ist als gegen Art. 423 und 425 verstossend unzulässig. Denn Ausnahmen sind streng zu interpretiren, und Reise-Equipagen sind eben nur solche Fahrzeuge, die zur Beförderung von Menschen dienen, sei es ausschliesslich sei es gleichzeitig.

In Folge der Bestimmung des Regl. § 38 Abs. 4 ist es für die Haftung der Eisenbahn wegen der in Reise-Equipagen befindlichen Gegenstände gleichgiltig, ob die Reise-Equipagen begleitet sind oder nicht; sie haftet stets nur dann, wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen wird. Dagegen ist dieser Unterschied von Bedeutung in Ansehung der in anderen Fahrzeugen enthaltenen Gegenstände. Denn sind dieselben begleitet, so haftet die Bahn für den Schaden, welcher aus der durch die Begleitung abzuwendenden Gefahr entstanden ist, nur in dem Falle, dass ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen wird,[66]) während sie für

---

[64]) Hahn Art. 425 § 3 a. E. S. 741.

[65]) Art. 425 § 2 a. E. S. 739.

[65a]) Z. B. wenn während des Aufenthalts auf einer Station der Reisende zeitweilig das Koupee verlässt. Vgl. Keyssner in Buschs Arch. 10 S. 65.

[66]) Art. 424 Abs. 1 Z. 6 u. Regl. § 67 Z. 5, § 38 Abs. 1, 4 vbd. m. Art. 424 Abs. 3 u. Regl. § 67 Z. 7. S. o. II 6 S. 494—496. — Insoweit Regl. § 38 Abs. 1, 4 die Eisen-

andere Schäden ex recepto einsteht. Sind sie aber nicht begleitet, so treten die Haftprinzipien des Art. 395 schlechtweg in Geltung.

3. In Ansehung des **Reisegepäcks, das zum Transport aufgegeben ist,** kann nach Art. 425 Z. 2 Abs. 1 bedungen werden und ist nach Regl. § 29 Abs. 1 lit. c bestimmt, dass für Verlust desselben nur gehaftet werde, wenn das Gepäck binnen einer bestimmten Frist nach der Ablieferungszeit abgefordert wird. Diese Frist darf nach dem H.G.B. nicht kürzer als 3 Tage sein;[67]) das Regl. hat sie auf 8 Tage nach Ankunft des Zugs auf der Bestimmungsstation fixirt.[68])

Zum Verständniss dieser gesetzlichen bezw. reglementarischen Bestimmung ist Folgendes zu bemerken. Die Expedition und Beforderung von Reisegepäck findet in solcher Eile und unter solchen Verhältnissen statt, dass eine Deroutirung und in Folge davon der Verlust desselben gar leicht ermöglicht ist. Meldet sich der Reisende zur Entgegennahme des Gepäckes nach beendigter Reise **alsbald**, so wird die Eisenbahn auf das Fehlen desselben noch zu einer Zeit aufmerksam, wo sie die geeigneten Massregeln auf Herbeischaffung ergreifen kann. Darum muss sie billiger Weise die Verantwortlichkeit für solches verlorenes Gepäck ablehnen dürfen, dessen rechtzeitige Abforderung der Reisende unterlassen hat; denn in diesem Falle ist der Reisende selbst an dem Verluste Schuld.[69])

Demnach haftet die Eisenbahn für den Verlust von Reisegepäck nur unter der Modalität der Abforderung desselben innerhalb 3 bezw. 8 Tagen. Diese Modalität lässt sich an und für sich in doppelter Weise konstruiren: entweder als **temporelle Beschränkung** des Ersatzanspruchs wie bei der actio temporalis, oder als **vertragsmässige Resolutivbedingung** bezw. **gesetzliche Voraussetzung** für das Fortbestehen des Schadenersatzanspruchs. Wäre das Motiv der Bestimmung eine rasche Abwickelung der Verlustansprüche, so wäre die erstere Konstruktion die richtige. Allein da der Zweck derselben dahin geht, durch die alsbaldige Abforderung des Gepäcks das Fehlen desselben zu entdecken und die Möglichkeit der Ergreifung schleuniger Massregeln zur Wiederbeschaffung zu eröffnen, so passt nur die zweite Konstruktion. Daher ist der Anspruch wegen Verlusts des Reisegepäcks während der 3 bezw. 8 Tage **pendent.**[70])

Aus der angegebenen ratio legis ergeben sich folgende Konsequenzen:

a. Die Bestimmung gilt bloss für **verlorenes,** nicht auch für **beschädigtes** Gepäck.[71]) Doch ist in Bezug auf beschädigtes Gepäck zu bemerken, dass nicht nur die Rezeptshaftung der Eisenbahn sondern auch ihre Haftung als ordentlicher Frachtführer aufhört mit dem Verzug des Reisenden. Die Abnahmepflicht des

---

bahn von der Haftung für den aus den ausgeschlossenen Gefahren hervorgehenden Schaden schlechtweg, d. h. auch im Falle des Verschuldens befreit, ist es ungiltig.

[67]) Art. 425 Z. 2 Abs. 2.

[68]) Regl. § 29 Abs. 1 lit. c.

[69]) Prot. S. 5011.

[70]) Nicht das Entstehen des Anspruchs ist von der Reklamation innerhalb der bestimmten Frist abhängig, wie ein Kommissionsmitglied (Prot. S. 5011) meinte, und im Anschluss daran C. F. Koch Art. 425 Anm. 80 annimmt, sondern das Bestehen desselben.

[71]) Prot. S. 5111. Hahn Art. 425 § 7 a. E. S. S. 744. Thöl S. 195, 196.

Reisenden beginnt aber mit der Ankunft des Gepäcks auf der Bestimmungsstation und soll innerhalb der nächsten 24 Stunden ausgeübt werden.[72]) Mit Ablauf dieser 24 Stunden kommt der Reisende ex re in Verzug, da er wegen seiner Unbekanntheit nicht besonders gemahnt werden kann.[73])

b. Der Begriff **„Verlust“** ist hier im engeren Sinne zu nehmen. Verloren ist das Reisegepäck, über dessen Verbleib die Eisenbahn keine Auskunft geben kann. Dagegen gilt nicht als verloren das Reisegepäck, von dem nachgewiesen wird, dass es durch ein bestimmtes Ereigniss untergegangen ist.[74]) In Ansehung des letzteren bleibt die Eisenbahn immerhin nach Art. 395 verantwortlich, auch wenn es nicht innerhalb der Reklamationsfrist abgefordert worden ist, jedoch mit einer Modifikation der Beweislast. Während nach Art. 395 der Frachtführer für den Verlust des Frachtguts verantwortlich ist, falls er dasselbe nicht abliefern und sich nicht exkulpiren kann, so ist hier die Eisenbahn dem Restitutionsanspruch des Gepäckscheininhabers gegenüber schon dadurch frei, dass das Gut nicht vorhanden und die Reklamationsfrist verstrichen ist. Der Reisende kann seinen Anspruch nur durch den replicando zu erbringenden Nachweis aufrecht erhalten, dass das Gepäck nicht verloren gegangen, sondern innerhalb der Rezeptszeit untergegangen ist, welche Replik alsdann durch die Duplik der höheren Gewalt elidirt werden muss. Weist er einen derartigen erst **nach** der Rezeptszeit eingetretenen Unfall nach, so muss er gleichzeitig auch den dolus oder die culpa lata der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachweisen, weil die Eisenbahn als blosse Depositarin und wegen des Annahmeverzugs des Reisenden nur mehr hierfür einsteht. Daraus ergibt sich, dass der in Art. 425 Z. 2 der Eisenbahn eingeräumte Vortheil hauptsächlich ein Beweisvortheil ist, und dass das Regl. § 29 Abs. 1 lit. c die im H.G.B. gezogenen Grenzen überschreitet, wenn es bestimmt: „die Verwaltung ist von jeder Verantwortlichkeit für den Verlust von Reisegepäck frei, wenn es nicht innerhalb 8 Tagen nach Ankunft des Zugs auf der Bestimmungsstation abgefordert wird.“[75])

c. Was die **Beweisvertheilung** im Einzelnen betrifft, so gilt Folgendes. Durch Vorzeigung des Gepäckscheins begründet der Reisende seinen Anspruch auf Rückgabe, eventuell auf Ersatz des nicht zurückgegebenen Gepäcks. Es ist dann Sache der Eisenbahn, exzeptivisch darzuthun, dass das Gepäck verloren und dass die Reklamation eine verspätete ist. Den Verlust beweist sie durch vergebliche Revision des zur Aufbewahrung von Reisegepäck bestimmten Lokals; die Verspätung der Reklamation durch die Ankunftszeit des betreffenden Zugs, woraus sich der Ablauf der 3- bezw. 8tägigen Frist ergibt.[76]) Hiergegen kann

[72]) Regl. § 28 Abs. 2, § 29 Abs. 1 a. A., § 59 Abs. 9.

[73]) Dass derselbe erst nach Ablauf der 8tägigen Reklamationsfrist in Verzug gerathe, wie Thöl S. 196 Not. 5 meint, ist durch nichts gerechtfertigt.

[74]) Thöl S. 196 Not. 4. A. M. Hahn Art. 425 § 7 S. 743, 744, welcher „Verlust“ im weitesten Sinne fasst.

[75]) Thöl S. 195 Not. 3. A. M. Hahn a. a. O. S. 744.

[76]) Hahn a. a. O. S. 743 (irrig S. 543 Not. 13 der 1. Aufl.). Theilweise a. M. Thöl S. 197, 198.

wieder der Passagier den Gegenbeweis führen, dass er rechtzeitig das Gepäck abgefordert habe. Und um diesen zu sichern, muss die Gepäckexpedition dem Reisenden, welchem das Gepäck nicht überliefert wird, auf dessen Verlangen Tag und Stunde der geschehenen Abforderung des Gepäcks auf dem Gepäckschein bescheinigen.[77]) Die Beweislast hinsichtlich der weiteren replikatorischen und duplikatorischen Behauptungen ergibt sich aus dem bisher Ausgeführten.

4. In Ansehung der **Güter, welche nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei dem Transport regelmässig einen Verlust an Gewicht oder an Mass erleiden,** kann nach Art. 426[78]) Abs. 1 bedungen werden und ist nach Regl. § 67 Z. 8 Abs. 1 bestimmt, dass bis zu einem gewissen im Voraus festgesetzten Normalsatz für Verlust an Gewicht oder Mass nicht gehaftet wird, sog. **Calo.** Dieses Calo ist nach dem Regl. bei trockenen Gütern auf ein Prozent, bei nassen und bei den nassen gleichgestellten Gütern[79]) auf zwei Prozent des im Frachtbrief angegebenen bezw. durch die Absendestation festgestellten Gewichts fixirt. Doch können die einzelnen Verwaltungen bei solchen Gütern, welche vom Versender selbst verladen oder vom Empfänger abgeladen werden, mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde einen zwei Prozent übersteigenden Normalsatz nach Massgabe der Beschaffenheit der einzelnen Artikel festsetzen.[80])

Bewegt sich nun der Defekt innerhalb der Grenzen des Normalsatzes, so ist die Eisenbahn zunächst nicht dafür verantwortlich, weil dieser Defekt bei derartigen Gütern regelmässig vorkommt und desshalb als unvermeidlich angesehen werden muss. Allein wenn der Transportinteressent nachweist, dass der Abgang nach den Umständen des Falls nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Guts entstanden ist, d. h. dass solches Gut entweder überhaupt nicht (z. B. Eisen),[81]) oder unter so bewandten Umständen nicht (z. B. bei Regen) einen natürlichen Gewichtsabgang erleidet, oder dass der angenommene Normal- bezw. Prozentsatz der natürlichen Beschaffenheit des Guts nicht entspricht, d. h. dass derartiges Gut nie einen so grossen natürlichen Defekt erleidet, oder dass dieser Normal- bezw. Prozentsatz den sonstigen Umständen des gegebenen Falls nicht entspricht (z. B. in Folge der Kürze des Transports, in Folge der Witterung u. dgl.), oder dass ganz andere Umstände als die natürliche Beschaffenheit des Guts die Ursache des Mankos sind, so tritt die gedachte Befreiung von der Haftpflicht nicht ein, d. h. die Eisenbahn ist für den Defekt verantwortlich, falls sie nicht höhere Gewalt nachweist.[82]) Daraus geht hervor,

---

[77]) Regl. § 29 Abs. 2.

[78]) Monit. 450 (Art. 396 Abs. 2 Z. 2), 451, 453 (Z. 7). Prot. S. 4700 (Art. 398), 4785, 4786, 4789—4795, 5122. — Eger III S. 344—362. — Entw. v. 1874 § 54.

[79]) Nämlich geraspelte und gemahlene Farbhölzer, Rinden, Wurzeln, Süssholz, geschnittener Tabak, Fettwaaren, Seifen und harte Oele, frische Früchte, frische Tabaksblätter, Schafwolle, Häute, Felle, Leder, getrocknetes und gebackenes Obst, Thierflechsen, Hörner und Klauen, Knochen (ganz und gemahlen), getrocknete Fische, Hopfen und frische Kitte.

[80]) Regl. § 67 Z. 8 Abs. 2 S. 2.

[81]) Hahn Art. 426 § 4 S. 746. Thöl S. 187 Nr. 1 u. Not. 5.

[82]) Art. 426 Abs. 2. Regl. 67 Z. 8 Abs. 2 S. 1. — Entw. v. 1874 § 54 Abs. 3.

dass durch die auf Grund des Art. 426 Abs. 1 getroffene Vereinbarung bezw. durch die Bestimmung des Regl. § 67 Z. 8 Abs. 1 nur eine **Präsumtion** geschaffen wird für die Entstehung des Mankos durch die natürliche Beschaffenheit des Guts, welche Präsumtion die Eisenbahn von der ihr nach Art. 395 aufliegenden Beweislast befreit, dass aber keineswegs der Inhalt und Umfang ihrer Verwahrungspflicht dadurch alterirt wird.[83])

Ausserdem ist zu bemerken:

a. Wenn auf einen Frachtbrief mehrere Stücke zusammen transportirt worden sind, so wird der Normal- bezw. Prozentsatz für jedes Stück besonders berechnet, falls das Gewicht oder das Mass der einzelnen Stücke im Frachtbrief verzeichnet oder sonst erweislich ist.[84])

b. Bei gänzlichem Verlust des Guts, d. h. sowohl der ganzen Frachtsendung als auch eines einzelnen Stückes derselben, ist ein Abzug für Gewichtsverlust überhaupt unstatthaft, d. h. es wird der Schadensberechnung das ursprüngliche Gewicht des verlorenen Guts ohne Abzug zu Grunde gelegt.[85])

c. Wie der Transportinteressent nachweisen kann, dass der aus der natürlichen Beschaffenheit des Guts im gegebenen Falle hervorgegangene Defekt niedriger als der Normalsatz ist, so kann selbstverständlich umgekehrt auch die Eisenbahn nachweisen, dass dieser natürliche Defekt den Normalsatz überstiegen habe.[86])

d. Die Bestimmung des Art. 426 bezw. des Regl. § 67 Z. 8 kommt mit der des Art. 424 Abs. 1 Z. 4 bezw. des Regl. § 67 Z. 1 darin überein, dass bei gewissen Gütern gewisse Defekte als durch die natürliche Beschaffenheit des Guts entstanden präsumirt und desshalb als nicht zu verantwortende angesehen werden, falls nicht der Transportinteressent Umstände nachweist, welche die Haftpflicht der Eisenbahn begründen. Beide Bestimmungen unterscheiden sich aber in folgenden Punkten: In Art. 424 Abs. 1 Z. 4 bezw. Regl. § 67 Z. 1 handelt es sich um aussergewöhnliche vermeidliche, in Art. 426 bezw. Regl. § 67 Z. 8 um regelmässig vorkommende unvermeidliche Defekte;[87]) dort wird die Verantwortlichkeit in Beziehung auf den ganzen Defekt, hier nur innerhalb der Grenzen des Normalsatzes ausgeschlossen; dort wird gewissen Gefahren gegenüber der Inhalt der Receptshaftung herabgemindert auf die Sorgfalt eines ordentlichen Transportanten, dagegen hier bleibt die Receptshaftung immer als solche bestehen. Desshalb ist Art. 426 bezw. Regl. § 67 Z. 8 weder unnöthig noch eine Ergänzung des Art. 424 Abs. 1 Z. 4 bezw. des Regl. § 67 Z. 1.[88])

---

[83]) Hahn Art. 426 § 2 S. 745. Thöl S. 185, 186.

[84]) Art. 426 Abs. 1 S. 2. Regl. § 67 Z. 8 Abs. 1 S. 2. Prot. S. 4789. — Entw. v. 1874 § 54 Abs. 2.

[85]) Regl. § 67 Z. 8 Abs. 3. — Entw. v. 1874 § 54 Abs. 4.

[86]) Art. 395 Abs. 1: „oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts" u. s. w.

[87]) Vgl. Hahn Art. 424 § 11 S. 730, 731; Art. 426 § 1 S. 745.

[88]) Wie W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. X S. 86 meint.

IV. Die Haftung nach Art. 397 wegen verschuldeter Verspätung kann nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.[89])

§ 357.

b. In Bezug auf den Umfang der Schadenersatzpflicht.

I. Nach Art. 396 ist der Berechnung des durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts entstandenen Schadens der gemeine Handelswerth bezw. der gemeine Werth desselben zu Grunde zu legen. An diesem Prinzip hält auch Regl. § 68 Abs. 1 Z. 1 fest. Art. 427 [1]) Abs. 1 Z. 1 gestattet jedoch die Vereinbarung, dass dieser der Schadensberechnung zu Grunde zu legende Werth den im Frachtbrief oder im Ladeschein oder im Gepäckschein **deklarirten Werth** und in Ermangelung einer solchen Werthdeklaration einen im Voraus bestimmten **Normalsatz** nicht übersteigen soll. Im Anschluss daran lässt das Regl. § 68 [2]) sowohl die Werthdeklaration zu, als auch statuirt es einen Normalsatz, jedoch nicht als fixe unabänderliche Grösse, sondern als **Maximalsatz**, so dass stets [3]) entweder der deklarirte Werth oder der reglementarische Normalsatz die äusserste Grenze der Schadenersatzpflicht bildet, die nicht überschritten, unter welche aber wohl heruntergegangen werden kann.

1. Ueber Deklarationswerth und Normalsatz gelten folgende **gemeinschaftliche** Grundsätze:

a. Deklarationswerth und Normalsatz müssen in so fern neben einander möglich sein, als ein Normalsatz ohne Möglichkeit der Werthdeklaration nicht zulässig ist; denn sonst könnten die Eisenbahnen den Umfang ihrer Haftpflicht auf ein Minimum reduciren. Ist bei einem unbedingt zum Transport zugelassenen Gute die Deklaration des Werthes ausgeschlossen, so haftet die Bahn auf den gemeinen Handelswerth nach Art. 396. Das Reglement schliesst die Werthdeklaration nur in Ansehung der Gegenstände aus, die sich in transportirten Fahrzeugen befinden.[4]) Darum ist die Bestimmung des Regl. § 38 Abs. 5 S. 3, dass der für das Fahrzeug bestimmte Normalsatz „einschliesslich der darin befindlichen Gegenstände“ zu verstehen sei, ungiltig.[5]) Anders verhält es sich bei den nur bedingt zum Transport zugelassenen Gütern; bei diesen kann die Werthdeklaration ausgeschlossen sein und trotzdem der Normalsatz Anwendung finden.[6])

---

[89]) Vgl. R.O.H.G. XII 7 S. 25.

[1]) Monit. 450 (Art. 396 Abs. 2 Z. 1), 451, 452 (Art. 397), 453 Z. 6. Prot. S. 4700 (Art. 396), 4779—4784, 5112—5115, 5122, 5123. — Eger III S. 369—402.

[2]) Abs. 1 Z. 2—4 u. dazu Eger III S. 402—405. Regl. § 29 Abs. 1 lit. a u. b, § 38, § 44 Abs. 5. — Vgl. Entw. v. 1874 § 55.

[3]) Mit einer einzigen unter 1 a erwähnten Ausnahme.

[4]) Regl. § 38 Abs. 3.

[5]) Thöl S. 222, 223. Eger III S. 409.

[6]) S. o. § 354 III 1 a α S. 478, 479. — Die Ansicht Thöls S. 102 Nr. 4, S. 211 u. H.R. Erörter. S. 9, 10, dass wenn ein Reglement bei einem Gute die Deklaration ausschliesst, die Bahn auf den gemeinen Handelswerth nach Art. 396 hafte, ist in Bezug auf die nur bedingt zum Transport zugelassenen Güter unhaltbar, da bei diesen die Eisenbahn beliebige

b. Deklarationswerth und Normalsatz sind massgebend für jeden vertretbaren Verlust und jede vertretbare Beschädigung, auch für die durch **Verzögerung** des Transports herbeigeführte.[7])

c. Deklarationswerth und Normalsatz haben eine doppelte Funktion. Im Falle des Totalverlustes sind sie die Maximalgrenze des wirklichen Schadenersatzes, dagegen im Falle eines Theilverlustes oder einer Beschädigung sind sie proportionale Glieder, wenn der gemeine Werth den deklarirten Werth oder den Normalsatz übersteigt.[8]) Liegt also

α. **Totalverlust** vor, so hat der Ersatzberechtigte einen Anspruch auf den gemeinen Werth, aber nur falls derselbe nicht über den deklarirten Werth bezw. den Normalsatz hinausgeht; andernfalls nur auf den deklarirten Werth oder den Normalsatz. Darum muss der Ersatzberechtigte zur Begründung seiner Klage ein Doppeltes behaupten und beweisen: einmal den gemeinen Handelswerth bezw. gemeinen Werth des verlorenen Guts und sodann dass derselbe den deklarirten Werth bezw. den Normalsatz nicht übersteigt. Er hat weder einen unbedingten Anspruch auf den deklarirten Werth bezw. den Normalsatz,[9]) noch hat er einen in thesi begründeten von ihm nicht zu beweisenden, sondern von der Eisenbahn durch Gegenbeweis zu elidirenden Anspruch darauf.[10]) Aus dieser Beweislast des Klägers folgt, dass er bei Verlust einer nicht deklarirten Sendung auch das Gewicht derselben nachzuweisen hat, um daraus ersehen zu können, ob nicht der verlangte Ersatzwerth den Normalsatz überschreitet.[11]) Wurde eine Wagenladung zur Beförderung übergeben, so ist ein Zweifaches möglich:

αα. Das **wirkliche** Gewicht ist im Frachtbrief ausgeworfen. Alsdann

---

Bedingungen statuiren kann, soweit sie nicht durch das deutsche Reglement darin beschränkt ist. Desshalb haftet sie bei Gemälden und andern Kunstgegenständen nur auf den Normalsatz. Regl. § 48 B Z. 3. Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 611, XXVIII S. 444, 445.

[7]) R.O.H.G. VII 27 S. 99, IX 83 S. 278, 279, XII 7 S. 26, 27; vgl. XIII 104 S. 317 ff.

[8]) Regl. § 68 Abs. 1 Z. 2—4. — R.O.H.G. IX 101 S. 339, 340.

[9]) R.O.H.G. XI 128 S. 424.

[10]) Dies geht unwiderleglich hervor aus Regl. § 68 Abs. 1 Z. 1: „Im Falle des gänzlichen oder theilweisen Verlusts wird bei der Schadenberechnung der von dem Beschädigten nachzuweisende gemeine Handelswerth . . . zu Grunde gelegt.“ Vgl. auch Thöl S. 213, 214 Nr. 1, 215 lit. a. R.O.H.G. XX 103 S. 404—409. A. M. O.A.G. Dresden in Goldschmidts Zeitschr. XII S. 606. — Ueber die Ungerechtigkeit dieses Systems s. G. Vogt in d. deutsch. Vierteljahrschr. XXII (Jahrg. 1859) Nr. 85 S. 56, 57. — Nach Entw. v. 1874 § 55 Abs. 1 B hat der Ersatzberechtigte nur ein Verzeichniss des verlorenen oder beschädigten Guts nach Zahl, Art und Beschaffenheit vorzulegen, ohne zu einem andern Werths- und Schadensnachweis verpflichtet zu sein. Jedoch steht der Eisenbahn der Gegenbeweis zu, dass der deklarirte Werth den Handels- bezw. gemeinen Werth übersteigt, welche Ueberschreitung aber der Reklamant durch Nachweis seines die höhere Werthangabe begründenden individuellen Interesses rechtfertigen kann.

[11]) Der Kläger muss also z. B. beweisen: a. Meine verlorenen Gegenstände haben einen gemeinen Werth von x M.; b. ihr Gewicht ist y Ctr. Daraus muss sich ergeben, dass $y \times 60$ M. = oder > x M. ist. Es muss nicht etwa die Eisenbahn exzeptivisch den Beweis führen, dass das Gewicht y Ctr. und dass $y \times 60$ M. < x M. ist. Vgl. R.O.H.G. XX 103 S. 407.

haftet die Eisenbahn nach Massgabe desselben, falls nicht der Kläger ein höheres oder die Eisenbahn ein geringeres wirkliches Gewicht nachweist.

ββ. Das wirkliche Gewicht ist im Frachtbrief nicht ausgeworfen, sondern nur das zur Berechnung der Fracht dienende **abgerundete** Gewicht.[12]) Da dieses Gewicht bloss zur Berechnung der Fracht dient, so muss der Kläger das wirkliche Gewicht immerhin nachweisen, wobei das abgerundete Gewicht nur ein Beweismoment bildet, welches seitens des Klägers ergänzt bezw. durch Gegenbeweis der Eisenbahn beseitigt werden kann.

β. Ist bloss **Partialverlust** gegeben, so kommt es darauf an, ob der Werth der Sendung deklarirt ist, oder nicht.

αα. Der Werth ist deklarirt. Ist alsdann ein Theil eines eine selbständige Sendung ausmachenden Kollos verloren gegangen, so haftet die Eisenbahn mit der Deklarationssumme im Verhältniss des Gewichts des verlorenen Theils zum Gesammtgewicht des ganzen Kollos. Dasselbe gilt, wenn von einer aus mehreren gleichartigen Kolli bestehenden, zu einer Gesammtwerthsumme deklarirten Sendung der eine oder andere Kollo in Verlust geräth. Besteht aber die zu einer Gesammtwerthsumme deklarirte Sendung aus Gegenständen von im Einzelnen verschiedenem Werthe, so ist die deklarirte Gesammtwerthsumme auf die verschiedenen Gegenstände proportionell dem wahren Werth derselben zu vertheilen, und nicht etwa proportionell ihrem Gewicht, auch wenn sie nur dem (wirklichen oder abgerundeten) Gewicht nach näher bezeichnet sein sollten.[13])

ββ. Der Werth ist nicht deklarirt. In diesem Falle bekommt der Ersatzberechtigte bloss den Handels- bezw. gemeinen Werth der verlorenen Gegenstände, insofern derselbe den dem Gewicht derselben entsprechenden Normalsatz nicht übersteigt. Dagegen kann der Kläger niemals einen dem verlorenen Gewicht entsprechenden proportionellen Theil des Normalwerths der ganzen Sendung beanspruchen, was in dem Fall von Wichtigkeit ist, wo die Sendung Gegenstände von höherem und niedrigerem Werth umfasst und die minderwerthigen verloren gegangen sind.[14])

γ. Im Fall der **Beschädigung** bekommt der Ersatzberechtigte die Differenz zwischen dem Verkaufswerthe des Guts im beschädigten Zustande und dem gemeinen Handelswerth bezw. gemeinen Werth desselben im unbeschädigten Zu-

---

[12]) Vgl. R.O.H.G. XX 103 S. 404—409.

[13]) Z. B. ein Waggon Möbel im wirklichen Werthe von 15,000 M. ist bloss zu 10,000 M. deklarirt, und einige derselben gehen verloren; alsdann bekommt der Ersatzberechtigte 2/3 des wahren Werths der verloren gegangenen Gegenstände ersetzt. — Irrig ist die Ansicht des A.G. Köln v. 23. April 1873 in Goldschmidts Zeitschr. XIX S. 616, 617, wonach die Eisenbahn innerhalb der Deklarationssumme eine Summe zu leisten habe, die zusammen mit dem Werthe des Abgelieferten der Gesammtwerthsumme gleichkommt.

[14]) Z. B. es sind 100 Ctr. in einem Waggon verladen, die zusammen einen gemeinen Handelswerth von 6000 M. haben, und davon sind 10 Ctr. verloren gegangen, die aber bloss einen Handelswerth von 300 M. haben. Alsdann bekommt der Ersatzberechtigte nur diese 300 M. und nicht etwa den zehnten Theil des Normalwerths der ganzen Wagenladung, d. h. 600 M.

stande, wenn der letztere nicht den deklarirten Werth oder den Normalsatz überschreitet. Ist dies aber der Fall, so wird die durch die Beschädigung entstandene Werthverminderung nach Verhältniss des gemeinen Werths zum deklarirten Werth bezw. zum Normalsatz vergütet.[15])

d. Im Falle einer böslichen Handlungsweise der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute kann die Beschränkung der Haftpflicht auf den Deklarationswerth oder den Normalsatz nicht geltend gemacht werden; vielmehr muss dann der volle Schade, d. h. das Interesse ersetzt werden.[16]) Zu den Leuten gehören aber auch die Personen, deren sich die Eisenbahn zur Ausführung des Transports bedient.[17])

e. Bei der Leistung des Deklarationswerths oder des Normalsatzes darf die Bahn stets die noch nicht bezahlte volle Fracht abziehen.[18])

2. Was insbesondere die **Werthdeklaration** betrifft, so ist darüber noch Folgendes zu bemerken:

a. Dieselbe muss im Frachtbrief bezw. im Ladeschein oder im Gepäckschein stattfinden.[19]) Nach Regl. § 68 Abs. 1 Z. 2[20]) muss die Deklaration auf der Adressseite des Frachtbriefs an der dazu bestimmten Stelle (unten links) mit Buchstaben geschehen, und nach Regl. § 29 Abs. 1 lit. c al. 2, § 38 Abs. 6 und § 44 Abs. 5 hat bei Reisegepäck, begleiteten Equipagen und lebenden Thieren die Werthdeklaration nur dann eine rechtsverbindliche Wirkung, wenn sie von der Expedition der Abgangsstation im Gepäck- bezw. Transportschein eingeschrieben bezw. vermerkt ist. **Thöl**[21]) hält diese Bestimmungen des Re-

---

[15]) Also wenn z. B. der gemeine Werth des unbeschädigten Gutes 120, der deklarirte 100 ist, und das beschädigte Gut nur den halben Werth des unbeschädigten hat, so ergibt sich die Proportion:

$$120 : 100 = 60 : x$$

und da x = 50, so bekommt der Beschädigte die Differenz zwischen 50 und 100, also 50. Er bekommt nicht 60, welche der wirklichen Werthminderung entsprechen, und auch nicht 40, welche zusammen mit dem Werthe des beschädigten Gutes den deklarirten Werth ausmachen.

Ist der gemeine Werth des undeklarirten Gutes 100 per Ctr., so haben wir folgende Proportion

$$100 : 60 = 50 : x$$

und da x = 30, so erhält der Ersatzberechtigte die Differenz zwischen 30 und 60, also 30. Er bekommt nicht 50, welche der wirklichen Werthminderung entsprechen, und auch nicht 10, welche zusammen mit dem Verkaufswerth des beschädigten Guts dem Normalsatz gleich sind. Regl. § 68 Abs. 1 Z. 4. Vgl. Art. 796.

[16]) Art. 427 Abs. 2. Regl. § 68 Abs. 2. Diese Ausnahme ist ganz konsequent und entspricht Art. 396 Abs. 5. Prot. S. 5024. R.O.H.G. IX 89 S. 302, R.G. VII 40 S. 125—130. — Der Entw. v. 1874 § 55 Abs. 5 spricht ganz richtig von „Vorsatz und grober Fahrlässigkeit."

[17]) Art. 400, 401 Abs. 1.

[18]) R.O.H.G. VIII 77 S. 331, 332. Eger I S. 300. — Entw. v. 1874 § 55 Abs. 4. — Vgl. o. S. 339, 340.

[19]) Art. 427 Abs. 1 Z. 1.

[20]) Vgl. Regl. § 44 Abs. 5.

[21]) S. 214, 215 Nr. 2, S. 218, 219 Nr. 3, S. 220 Nr. 2, S. 222 Not. 5; vgl. S. 226 II, S. 229 Not. 7, S. 230 Not. 12; H.R. Erörter. S. 20, 21.

glements für unzulässig: die erste, weil Art. 427 Abs. 1 Z. 1 nur erfordert, dass der deklarirte Betrag im Frachtbrief überhaupt angegeben, nicht aber dass er an einer besonderen Stelle und in bestimmter Form angegeben ist, das Reglement also die Verpflichtung der Eisenbahn von der Beobachtung einer Form abhängig macht, welche dem H.G.B. nicht entspricht; die zweite, weil es nach jenem Artikel genügt, dass die Deklaration überhaupt in dem **ausgehändigten** Gepäck- oder Transportschein geschrieben steht, einerlei von wem sie eingeschrieben sein mag, und weil es nach Art. 400 hinreicht, dass der mit dem Deklarationsvermerk versehene Gepäckschein von einer Person ausgehändigt worden ist, deren sich die Eisenbahn zur Ausführung des Transports bedient.

Der erste Einwurf **Thöls** ist unbegründet. Art. 427 befasst sich nur mit dem Umfang der Haftpflicht. Er gestattet den Eisenbahnen, den Umfang ihrer Schadenersatzpflicht auf einen Normalsatz zu fixiren, und verpflichtet sie zu einem höheren Betrag nur unter der Voraussetzung, dass dieser höhere Betrag deklarirt worden ist. Er räumt also den Eisenbahnen die Befugniss ein, in der Deklaration eine weitere im allgemeinen Frachtrecht nicht enthaltene Voraussetzung nicht für die Schadenersatzpflicht überhaupt, sondern für die Ersatzpflicht in einem bestimmten Umfang aufzustellen, und dadurch indirekt den Absender zur Deklaration zu nöthigen, damit die Eisenbahnen zum Schutze der Güter geeignete besondere Massregeln treffen und dafür eine besondere Vergütung im Frachtzuschlag erheben können. **Wie** die Deklaration geschieht, ist dem Artikel ganz gleichgiltig. Wenn er von einem „im Frachtbrief, im Ladeschein oder im Gepäckschein als Werth des Guts" bezw. „als die Höhe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung angegebenen Betrag" spricht, so soll dies nur eine deutsche und deutliche Umschreibung des Begriffs „Deklaration" sein. Die Absicht, jede beliebige Deklaration, falls sie nur im Frachtbrief u. s. w. steht, für jedenfalls genügend zu erklären, um als Werthbasis für die Schadenberechnung zu dienen, lag der Kommission fern. Dieselbe wollte nur das System der fixen Entschädigungen zulassen und dessen Zulässigkeit von dem Nichtvorhandensein einer Werthdeklaration abhängig machen, ohne in Beziehung auf die Deklaration selbst formelle Bestimmungen im Auge zu haben.[22]) Auch verlangt die Durchsichtigkeit des Eisenbahnverkehrs, jeder einzelnen Angabe einen bestimmten Platz im Frachtbrief anzuweisen und nach dieser Seite hin formelle Vorschriften zu erlassen, soweit dieselben nur nicht unleidlicher Natur sind. Das Gegentheil würde zu den praktisch anstössigsten Konsequenzen führen; man denke nur an eine Deklaration auf der Rückseite des Frachtbriefs. Uebrigens kann auch eine formwidrige Deklaration für die Eisenbahn verpflichtend sein, falls nachgewiesen wird, dass die Eisenbahn sie als Deklaration acceptirt hat, z. B. durch Berechnung oder Annahme des Frachtzuschlags.[23])

---

[22]) Vgl. Prot. S. 4779—4784, 5112—5115.

[23]) Vgl. Hahn Art. 427 § 3 insbes. Not. 12 S. 749, 750, der jedoch die Bestimmung des Reglements, dass die Deklarationssumme mit Buchstaben auszudrücken sei, ebenfalls für ungiltig hält. Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 612 Nr. 6, 7, XXVIII S. 454. Eger III S. 380—383. Vgl. aber auch R.O.H.G. XVII 34 S. 128—130.

Dagegen wäre der zweite Einwand **Thöls** allerdings begründet, wenn die Eisenbahnen die betreffenden reglementarischen Bestimmungen in **Thöls** Sinne auslegen und anwenden wollten. Dieselben können aber auch in dem Sinne verstanden werden, dass die Deklaration im Gepäck- bezw. Transportscheine eingeschrieben sein muss in einer Weise, die als von der Güterexpedition herrührend anzusehen ist, und für welche die Eisenbahn verantwortlich gemacht werden kann.[24])

b. Im Falle der Deklaration ist neben der tarifmässigen Fracht ein **Frachtzuschlag** zu entrichten (sog. Frachtzuschlagssystem). Derselbe berechnet sich nach der Transportstrecke, wobei je 150 volle bezw. angefangene Kilometer eine Einheit bilden, und nach Promillen der deklarirten Summe, wobei eine Abrundung auf 0,10 M. nach oben hin stattfindet.[25]) Dieser Frachtzuschlag ist aber keine Versicherungsprämie, keine Vergütung für das Versprechen des höheren Deklarationswerthes,[26]) sondern eine Vergütung für die besonderen Sicherungsmassregeln, welche die Eisenbahnen auf höher deklarirte Güter anwenden.[27])

3. Der **Normalsatz** (sog. System der fixen Entschädigungen) ist bei gewöhnlichem Gut, bei Reisegepäck und prinzipiell auch bei Thieren nach dem Gewicht, bei Fahrzeugen und bei gewissen Thieren nach dem Stück festgesetzt.[28])

II. Nach Art. 397 haftet der Frachtführer für den vollen Schaden, welcher durch unentschuldbare Versäumung der Lieferungszeit entstanden ist. Dieser Schaden ist gleich dem Interesse des Betheiligten an der rechtzeitigen Lieferung.

---

[24]) **Hahn** Art. 427 § 4 S. 750—752. **Goldschmidt** a. a. O. S. 613. **Eger** III S. 407.

[25]) Derselbe beträgt bei gewöhnlichen Gütern 1/10 pro Mille der deklarirten Summe für jede angefangenen 150 km. im Maximum, im Minimum aber 0,10 M., Regl. § 68 Abs. 1 Z. 3; bei Reisegepäck 2 pro Mille im Maximum, 0,20 M. im Minimum Regl. § 29 Abs. 1 lit. b; bei Fahrzeugen und Thieren 1 pro Mille im Maximum und 0,10 M. im Minimum, Regl. § 38 Abs. 5. § 44 Abs. 4.

[26]) So **Thöl** S. 211 u. H.R. Erörter S. 10. — Dagegen **Goldschmidt** i. s. Zeitschr. XXVIII S. 444, 445 Not. *. Vgl. auch unten § 367 Not. 110 a. E.

[27]) S. Denkschrift einer Kommission des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen von 1859 S. 18. Vgl. auch G. **Vogt** in d. deutschen Vierteljahrschr. XXII S. 58—62.

[28]) Der Normalsatz beträgt bei gewöhnlichem Gute 60 M. per 50 kg Bruttogewicht, Regl. § 68 Abs. 1 Z. 2; bei Reisegepäck 12 M. per kg, wobei aber im Beschädigungsfalle, wenn nur ein Theil des Gepäckstücks beschädigt ist, das Gewicht des unversehrten Theils abgezogen wird, Regl. § 29 Abs. 1 lit. a; bei Fahrzeugen 900 M. für das Fahrzeug einschliesslich der darin befindlichen Gegenstände, Regl. § 38 Abs. 5 S. 3 (über die Ungiltigkeit dieser Bestimmung s. o. S. 502 Text zu Not. 5); bei Thieren 100 M. für 100 kg, soweit dieselben nicht unter die besondere Werthskala fallen. Dieselbe bestimmt: 600 M. für ein Pferd, 200 M. für ein Füllen bis zu einem Jahr, 300 M. für einen Mastochsen, 200 M. für ein Haupt Rindvieh, 25 M. für ein Kalb bis zu einem Jahr, 90 M. für ein Mastschwein, 35 M. für ein mageres Schwein, 10 M. für ein Ferkel bis zu 3 Monaten, 20 M. für ein Schaf oder eine Ziege, 10 M. für einen Hund. Regl. § 44 Abs. 3.

An diesem Prinzip hält auch das Regl. § 69 Abs. 1 fest. Nach Art. 427 Abs. 1 Z. 2 kann aber bedungen werden, dass die Höhe des Schadenersatzes die im Frachtbrief, im Ladeschein oder im Gepäckschein **deklarirte Summe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung** und in Ermangelung einer solchen Deklaration einen im Voraus bestimmten **Normalsatz** nicht übersteigen soll. Und von dieser Befugniss hat das Reglement [29]) Gebrauch gemacht.

1. Auch hier ist ein Normalsatz nur zulässig, wenn die Möglichkeit der Deklaration gegeben und trotzdem nicht deklarirt worden ist. Hat eine Deklaration für Verlust und Beschädigung stattgefunden, so ist dieselbe auch für die Verspätung massgebend, wenn Verlust und Beschädigung durch Verspätung entstanden sind.[30]) Hat aber bloss eine Deklaration für das Interesse rechtzeitiger Lieferung stattgefunden, so ist dieselbe für Verlust und Beschädigung nicht massgebend, wenn nicht der Verlust als Versäumung der Lieferzeit behandelt werden kann, wie diess nach Regl. § 69 Abs. 2 S. 3 möglich ist.[31])

Auch hier bilden Deklarationssumme und Normalsatz nur die Maximalgrenze der Entschädigungspflicht, die nicht überschritten, unter die aber wohl heruntergegangen werden kann.[32]) Auch hier ist desshalb an der Beweispflicht des Klägers, den Schaden innerhalb dieser Grenze nachzuweisen, Nichts geändert.[33])

Auch hier kann im Falle böslicher Handlungsweise der Bahnverwaltung oder ihrer Leute die Beschränkung der Haftpflicht auf die deklarirte Summe bezw. den Normalsatz nicht geltend gemacht werden.[34])

2. In Bezug auf die **Deklaration** gelten folgende Sätze:

a. Die Deklaration muss auch hier auf der Adressseite des Frachtbriefs an der dafür vorgesehenen Stelle (unten links) vom Versender mit Buchstaben geschehen.[35]) Bei Reisegepäck, Fahrzeugen und lebenden Thieren hat sie nur dann rechtsverbindliche Kraft, wenn sie von der Expedition im Gepäck- bezw. Transportscheine vermerkt ist.[36])

b. Im Falle der Deklaration wird neben der tarifmässigen Fracht ein

---

[29]) Regl. § 70, § 31 Z. 1, § 39 Abs. 2, 3. § 45 Z. 2, 3. — Vgl. Entw. v. 1874 § 52.

[30]) R.O.H.G. XII 7 S. 26, 27.

[31]) S. o. § 343 II 7 S. 374, 375. Anders R.O.H.G. XVII 34 S. 128—130.

[32]) Regl. § 70 Abs. 3, § 31 Z. 1 a. E., § 39 Abs. 3, § 45 Abs. 1. — R.O.H.G. XII 82 S. 255. Ein besonderer Ersatz des Werthverlusts kann neben der reglementsmässigen Frachtvergütung nicht gefordert werden.

[33]) Regl. § 70 Abs. 2. § 31 Z. 1 a. A u. a. E., § 45 Abs. 1. — R.O.H.G. XI 77 S. 229, 230. Vgl. auch das bei Eger I S. 341 angef. U. des A.G. Naumburg v. 27. August 1875.

[34]) Art. 427 Abs. 2. Regl. § 70 Abs. 3 a. E. — Entw. v. 1874 § 52 Abs. 3: „Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit." — R.O.H.G. XIII 104 S. 318, 319; vgl. XII 82 S. 255.

[35]) Regl. § 70 Abs. 4, § 45 Abs. 2 S. 2.

[36]) Regl. § 31 Z. 1 S. 3, § 39 Abs. 3 S. 2, § 45 Abs. 2 S. 2. — Gegen die Giltigkeit dieser Formvorschriften Thöl S. 226 II, S. 228 Not. 3, S. 229 Not. 7, S. 230 Not. 12; H.R. Erörter. S. 20, 21. Gegen Thöl s. o. I 2 a S. 506 u. die in Not. 23 citirten Schriftsteller.

Frachtzuschlag erhoben. Derselbe berechnet sich nach der Transportstrecke und nach dezimalen Bruchtheilen der deklarirten Summe, wobei eine Abrundung auf 0,10 M. nach oben hin stattfindet.[37]) Auch dieser Frachtzuschlag ist keine Versicherungsprämie,[38]) sondern eine Vergütung für die zum Transport höher versicherter Güter ergriffenen Beschleunigungsmassregeln.

3. Nach Art. 427 Abs. 1 Z. 2 kann der **Normalsatz** auch in dem Verluste der Fracht oder eines Theiles derselben bestehen. Und so besteht er denn auch nach dem Reglement regelmässig in einem solchen theilweisen oder gänzlichen Verlust der Fracht. Nur bei Reisegepäck und bei Fahrzeugen besteht er in einer bestimmten Geldsumme.[39]) Dagegen bei gewöhnlichen Gütern und bei lebenden Thieren sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

a. Will der Entschädigungsberechtigte nicht den Beweis auf sich nehmen, dass durch die verspätete Ablieferung ein Schaden entstanden ist, so vergütet ihm die Eisenbahn, falls die Verspätung bei Frachtgütern mehr als 1 Tag und bei Eilgütern mehr als 12 Stunden dauert, $^1/_4$ bis $^1/_2$ der Fracht.[40]) Bei kürzer dauernden Verspätungen muss der Schaden nachgewiesen werden, und dann wird innerhalb des deklarirten Werthes bezw. des Normalsatzes Entschädigung gewährt.

b. Beansprucht der Entschädigungsberechtigte die Vergütung einer höheren Summe, oder beträgt die Verspätung nicht mehr als 1 Tag bezw. 12 Stunden, so muss er auf Verlangen der Eisenbahn den durch die verspätete Ablieferung wirklich entstandenen Schaden nachweisen, und dann beträgt der Normalsatz,

α. falls die Versäumniss 24 oder weniger Stunden dauert, die halbe Fracht,

---

[37]) Dieser Frachtzuschlag wird bei gewöhnlichen Gütern nach je 10 (vollen oder angefangenen) M. der deklarirten Summe berechnet und beträgt im Maximum für die ersten 150 km. 1 Pf., für die folgenden 225 km. $^1/_2$ Pf. und für jede weiteren folgenden 375 km. $^1/_2$ Pf., wobei angefangene 150 bezw. 225 bezw. 375 km. für voll gerechnet werden, Regl. § 70 Abs. 5, 6. Bei Reisegepäck beträgt er im Maximum 2 pro Mille der deklarirten Summe für jede angefangenen 150 km., im Minimum 1 M., Regl. § 31 Z. 1 S. 4; bei Fahrzeugen im Maximum für jede 7,5 km. und für jede angefangenen 60 M. der deklarirten Summe 0,5 Pf., im Minimum 0,30 M., Regl. § 39 Abs. 4; bei Thieren im Maximum für jede 7,5 km. und für jede angefangenen 60 M. der deklarirten Summe 0,25 Pf., im Minimum 0,30 M., Regl. § 45 Abs. 3. — Entw. v. 1874 § 52 Abs. 2 II Z. 2.

[38]) So Thöl S. 227.

[39]) Nämlich bei Reisegepäck 0,20 M. für jedes kg. des ausgebliebenen Gepäcks und jeden angefangenen Tag der Versäumniss bis dahin, wo das Gepäck als in Verlust gerathen anzusehen ist, Regl. § 31 Z. 1 S. 1; bei Fahrzeugen 30 M. für jedes ausgebliebene Fahrzeug und jeden angefangenen Tag der Versäumniss, Regl. § 39 Abs. 3 S. 1; dass der hier vorkommende Ausdruck „Equipage" Fahrzeuge aller Art bedeutet, s. Eger III S. 417.

[40]) Bei Frachtgütern, wenn die Verspätung bis zu 3 Tagen beträgt, $^1/_4$, bis zu 8 Tagen $^1/_3$, und wenn sie mehr als 8 Tage beträgt, die Hälfte der Fracht; bei Eilgütern bis zu 24 Stunden $^1/_4$, bis zu 3 Tagen $^1/_3$, über 3 Tage hinaus die Hälfte. Regl. § 70 Abs. 1, § 45 Abs. 4 (nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 15. April 1883).

β. falls die Versäumniss aber mehr wie 24 Stunden dauert, die ganze Fracht.[41])

Ausserdem ist noch zu bemerken:

a. Unter **„Fracht“** ist in sämmtlichen Fällen die Vergütung für denjenigen Transport zu verstehen, für welchen die Eisenbahn verantwortlich ist, nicht aber die Vergütung für die ganze Transportstrecke, welche das Gut durchläuft. Uebernimmt also z. B. die Eisenbahn das Gut mit einem auf einen überseeischen Bestimmungsort lautenden Frachtbrief, so begreift der Ausdruck „Fracht“ nur die Bahnfracht, nicht auch die Schiffsfracht.[42])

b. Besteht der Normalsatz in dem Verluste von Fracht, so ist es für seine Anwendung gleichgiltig, ob die Fracht pränumerirt (Frankosendung) wurde oder nicht.

§ 358.

c. In Bezug auf die persönliche, räumliche und zeitliche Erstreckung der Schadenersatzpflicht.

I. Nach Art. 400 haftet der Frachtführer für seine Leute und andere Personen, deren er sich bei oder zur Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient, desshalb auch für andere Frachtführer, denen er das Gut zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des übernommenen Transports übergibt. Daraus ergeben sich folgende zwei Konsequenzen:

1. Jeder Sammtfrachtführer haftet solidarisch für den ganzen Transport, so dass der Transportinteressent jeden derselben in Anspruch nehmen kann.[1]) Dieses Prinzip ist für die Eisenbahnen durchbrochen durch die auf Grund von Art. 429[2]) erlassene Bestimmung des Regl. § 62.[3]) Wenn nämlich der Transport mittelst eines durchgehenden Frachtbriefs durch mehrere sich an einander anschliessende Eisenbahnen zu bewirken ist, so haften für den ganzen Transport nicht sämmtliche Eisenbahnen, sondern nur die **erste**, d. h. die Auflieferungsbahn, und **diejenige Bahn, welche das Gut mit dem Frachtbrief zuletzt übernommen hat.** Die letztere ist nicht gerade diejenige Bahn, auf welcher der Transport nach dem Frachtbrief enden soll, sondern möglicher Weise, d. h. wenn das Gut unterwegs verloren gegangen ist, auch eine Zwischenbahn, also diejenige Bahn, welcher nachgewiesen werden kann, dass sie das Gut nebst Frachtbrief überkommen habe, und welche ihrerseits nicht den Gegenbeweis führen kann, dass dieselben von ihr weiter übergeben worden seien.[4]) Dagegen kann eine

[41]) Regl. § 70 Abs. 3 Z. 2, § 45 Abs. 4 (nach der in der vorigen Note angeführten Modifikation). — Auf ähnlichen Anschauungen beruht auch der Entw. v. 1874 § 52 Abs. 2 II Z. 1.

[42]) Art. 430. Regl. § 65 Abs. 1 S. 1. R.O.H.G. XIV 66 S. 198—201.

[1]) Art. 401. S. o. § 349 S. 441, 442.

[2]) Monit. 450 (Art. 397), 451 c, 454 Z. 3. — Prot. S. 4702 (Art. 402), 5030—5037, 5115, 5116, 5123, 5124. — Eger III S. 436—447.

[3]) Dazu Eger III S. 447, 448. — Vgl. Entw. v. 1874 § 49 Abs. 3.

[4]) Hahn Art. 429 § 2 S. 755.

der übrigen **in der Mitte liegenden** Eisenbahnen nur dann als Frachtführerin in Anspruch genommen werden, wenn ihr nachgewiesen wird, dass der Schaden, dessen Ersatz gefordert wird, gerade auf ihrer Bahnstrecke sich ereignet hat.

Der den Eisenbahnen unter einander zustehende Rückgriff wird jedoch durch diese reglementarische Bestimmung nicht berührt.[5])

2. Jeder Frachtführer haftet in Ansehung des von ihm übernommenen Transports bis zum Ort der Ablieferung, einerlei ob derselbe eine Bahnstation ist oder nicht, und einerlei ob im erstern Falle diese Station an der eigenen, oder an einer Anschlussbahn, oder an einer anderen Bahn liegt, welche nur durch einen andern Land- oder durch einen Wasserweg mit den vorangehenden Bahnen in Verbindung steht.[6]) Es kann jedoch nach Art. 430 [7]) bedungen werden und ist im Anschluss daran durch Regl. § 65 [8]) bestimmt, dass wenn im Frachtbrief als Ablieferungsort ein nicht an einer anschliessenden Eisenbahn liegender Ort bezeichnet ist, d. h. ein Ort, welcher weder an der Auflieferungsbahn noch an einer der sich an dieselbe unmittelbar oder mittelbar anschliessenden Bahnen liegt,[9]) dass alsdann die Haftpflicht der Eisenbahn bezw. der Eisenbahnen als **Frachtführer** nicht für den ganzen Transport bis zum Ablieferungsort besteht, sondern nur für den Transport bis zu dem Orte, wo derselbe „mittelst Eisenbahn", d. h. mittelst einer **anschliessenden Eisenbahn** [10]) enden soll. Nur wenn die Verwaltung der Ablieferungsbahn Rollfuhren nach dem Bestimmungsort des Gutes eingerichtet hat, besteht die Haftpflicht der Eisenbahn als **Frachtführer** auch für den Transport bis zu diesem Ort.[11]) Ist dies aber nicht der Fall, so treten in Beziehung auf die Weiterbeförderung des Guts von der letzten Eisenbahnstation ab für die Eisenbahn nur die **Pflichten** des **Spediteurs** ein,[12]) nicht aber auch die Rechte, so dass sie ohne besondere Stipulation für die Besorgung der Weiterbeförderung keine Provision beanspruchen kann.[13]) Aus der Spedi-

---

[5]) Regl. § 62 Abs. 2. — Ueber die Unkorrektheit des in Art. 429 befindlichen Passus: „vorbehaltlich des Rückgriffs der Eisenbahnen gegen einander", s. Hahn a. a. O. § 3 S. 755, 756. — Geregelt ist dieser Rückgriff durch Uebereink. Art. 29, 30 Z. 3—7. Dazu Wehrmann S. 175—177 und Eger III S. 448—452. — Das Preuss. Monit. 450 (Art. 397), den Regress der Bahnen unter einander zu normiren, wurde als in die Lehre vom Frachtgeschäft nicht gehörig abgelehnt. Prot. S. 5036.

[6]) Art. 401. S. o. § 349 S. 436 ff.

[7]) Monit. 450 (Art. 397). Prot. S. 4702 (Art. 402), 5030—5037, 5115, 5116, 5123, 5124. — Eger III S. 454—461.

[8]) Dazu Eger III S. 461, 462. — Vgl. Entw. v. 1874 § 50.

[9]) Z. B. ein überseeischer Hafenplatz. R.O.H.G. XIV 66 S. 198—201. Als nicht an einer Eisenbahn liegend ist auch derjenige Bestimmungsort anzusehen, welcher eine nicht für den Güterverkehr eingerichtete Eisenbahnstation ist. Regl. § 61 Abs. 2 S. 2.

[10]) Vgl. Thöl S. 233 Not. 2.

[11]) Regl. § 65 Abs. 2; vgl. § 61 Abs. 3. — Eger III S. 461—463. S. o. § 349 S. 443.

[12]) Art. 430 a. E. Regl. § 65 Abs. 1 S. 2, § 61 Abs. 2; vgl. § 50 Z. 6. Der § 61 Abs. 2 ist eine Konsequenz von § 65 Abs. 1 S. 2. Vgl. dazu Eger III S. 462.

[13]) Hahn Art. 430 S. 757. Eger III S. 460. 461.

tionspflicht ergibt sich das **Speditionsrecht.** Doch wird dasselbe ausgeschlossen, wenn vom Absender oder Empfänger wegen **sofortiger**, d. h. innerhalb der reglementarischen bezw. tarifmässigen Abholungsfrist angeordneter Weiterbeförderung Verfügung getroffen ist.[14]) Dagegen fällt die Speditionspflicht weg, wenn vom Absender auf dem Frachtbrief bestimmt ist, dass das Gut an einem an der Eisenbahn liegenden Ort abgegeben werden (z. B. an einen Frachtfuhrmann) oder dort liegen bleiben soll (z. B. Bahnhof restante).

Für diesen Fall bestimmt Art. 431 [15]) und im Anschluss daran Regl. § 66 [16]) ausdrücklich, dass die Bahn nur bis zur Ablieferung an diesem Ort verantwortlich sein soll, auch wenn im Frachtbrief ein anderweitiger Bestimmungsort angegeben ist. Allein diese Bestimmung enthält keine Einschränkung der allgemeinen Haftprinzipien, sondern ist lediglich ein Interpretationssatz, um einer irrthümlichen Anwendung des Art. 401 Abs. 1 vorzubeugen, die daraus entstehen könnte, dass im gegebenen Falle **zwei** Bestimmungsorte vorzuliegen scheinen.[17]) In Wirklichkeit ist Bestimmungsort zum Zweck der Ablieferung nur der an der Eisenbahn liegende Ort, während der dem Namen des Destinatärs hinzugefügte Ort mit der Ablieferung nichts zu thun hat, sondern zu irgend welchen andern Zwecken, hauptsächlich zum Zwecke der Avisirung des Destinatärs dient. Im Uebrigen wird das rechtliche Verhältniss der Eisenbahn nicht alterirt. Desshalb hat sie unter entsprechenden Voraussetzungen sowohl die Pflicht zu avisiren, als auch das Recht, die Güter mittelst eines Spediteurs oder mittels einer anderen Gelegenheit auf Gefahr und Kosten des Versenders dem Empfänger zu übermitteln, wenn nicht wegen sofortiger Weiterbeförderung vom Absender oder Empfänger Verfügung getroffen ist.[18])

II. Nach Art. 408 erlischt durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch gegen den Frachtführer. Nur wegen Verlusts oder Beschädigung, welche bei der Ablieferung äusserlich nicht erkennbar waren, kann der Frachtführer selbst nach der Annahme des Guts und nach Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, wenn die Feststellung des Verlusts oder der Beschädigung ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden ist, und bewiesen wird, dass der Verlust oder die Beschädigung während der Zeit seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist. Dagegen lässt Art. 428[19]) die Verabredung zu, dass nach erfolgter Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch wegen Verlusts oder Beschädigung auch dann, wenn dieselben bei der Ablieferung nicht erkennbar waren und erst später entdeckt

---

[14]) Regl. § 61 Abs. 2. Dazu Eger III S. 462, 463.

[15]) Monit. 450 (Art. 397). — Prot. S. 4702 (Art. 402), 5030—5037, 5116, 5124. — Eger III S. 464—468.

[16]) Dazu Eger III S. 468. — Vgl. Entw. v. 1874 § 51.

[17]) Hahn Art. 431 S. 757. Thöl S. 235. Eger III S. 466, 467.

[18]) Regl. § 59 Abs. 4, 7, 8, 10, § 61 Abs. 2. Eger III S. 462, 463. Nicht ganz genau Wehrmann S. 185 u. Eger III S. 468. Insbesondere ist es irrig, wenn Eger die Avisirungspflicht prinzipiell ausschliessen will.

[19]) Prot. S. 4701 (Art. 400 b), 5025—5029, 5123. — Eger III S. 420—429.

worden sind, erlischt, **falls der Anspruch nicht binnen einer bestimmten Frist nach der Ablieferung bei der Eisenbahnverwaltung angemeldet worden ist.** Diese Frist darf jedoch nicht kürzer als 4 Wochen sein. Es dürfen also die Eisenbahnen zu den beiden Voraussetzungen des Art. 408 Abs. 2, nämlich Feststellung des Verlusts oder der Beschädigung ohne Verzug nach deren Entdeckung und Nachweis der Entstehung derselben während der Zeit von der Empfangnahme bis zur Ablieferung, noch eine dritte hinzufügen: Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahnverwaltung binnen einer Frist von mindestens 4 Wochen nach der Ablieferung. Im Anschluss hieran bestimmt das Regl. § 64 Abs. 4 S. 3,[20]) dass der Anspruch innerhalb 4 Wochen bei der Eisenbahnverwaltung **schriftlich** angemeldet sein müsse. Doch ist diese Vorschrift der schriftlichen Anmeldung unzulässig, da Art. 428 nur von der Anmeldung überhaupt spricht, während das Erforderniss der Schriftlichkeit der Anmeldung die Haftpflicht der Eisenbahnen nach Art. 408 Abs. 2 noch mehr einschränken würde. Es genügt also jede Anmeldung, auch eine mündliche, ja sogar eine stillschweigende, z. B. durch Erhebung der Klage.[21]) Je nach der Auffassung des Reglements ist diese Anmeldung entweder als **gesetzliche Voraussetzung** für das Fortbestehen des einmal begründeten Schadenersatzanspruchs, oder aber als **Resolutivbedingung** anzusehen, keineswegs aber als temporelle Beschränkung des Anspruchs im Sinne der actio temporalis und noch weniger als Voraussetzung oder Bedingung für das **Entstehen** desselben.[22])

Da Art. 428 bezw. Regl. § 64 Abs. 4 S. 3 eine Modifikation des Art. 408 Abs. 2 ist und hier das Wort „Verlust“ nur den **Theilverlust** bezeichnen kann, so ist auch dort das Wort „Verlust“ in diesem Sinne zu nehmen. Desshalb können die Eisenbahnen für die Geltendmachung eines Totalverlusts keine Reklamationsfrist aufstellen; vielmehr ist für den aus Totalverlust hervorgehenden Anspruch lediglich die Verjährungsfrist des Art. 408 Abs. 3 massgebend.[23])

Schliesslich ist zu bemerken, dass die Verjährungsbestimmungen des Art. 408 Abs. 3 für die Eisenbahnen unabänderlich sind. Darum sind nicht nur die Bestimmungen des Regl. § 64 Abs. 5 und § 69 Abs. 2 S. 2,[24]) sondern auch die des Regl. § 30 Abs. 1 und § 64 Abs. 4 S. 1 ungiltig, die letzteren nicht

---

[20]) Dazu Eger II S. 517—519. — Entw. v. 1874 § 46 Abs. 2 Z. 2.

[21]) Puchelt Art. 428 Anm. 3 S. 441. Wehrmann S. 212, 213. Thöl S. 203, 204; H.R. Erörter. S. 22. Eger II S. 518, 519. A. M. Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 613 u. Hahn S. 753 Not. 3; mit Unrecht. Mag auch der Geschäftsgang der Eisenbahnverwaltungen eine schriftliche Anmeldung der Ersatzansprüche behufs deren Erledigung erfordern, so verlangt doch die Abwendung des so schwer wiegenden Präjudizes des Erlöschens des Ersatzanspruchs keine schriftliche Anmeldung, und hat dieser Effekt durchaus nichts mit jenem Geschäftsgang zu thun. Desshalb hat mit Recht der Entw. v. 1874 § 46 Abs. 2 Z. 2 an Stelle der schriftlichen Anmeldung die blosse „Anzeige“ oder „die Feststellung der Mängel“ gesetzt.

[22]) Wie in der Konferenz geäussert wurde. Prot. S. 5026.

[23]) Prot. S. 5026, 5028. Puchelt Art. 428 Anm. 3 S. 441. Hahn Art. 428 S. 754. S. o. § 343 I 4 b S. 369, 370.

[24]) S. o. § 343 II 7 S. 374.

bloss desshalb, weil sie den Eintritt der Schadenersatzpflicht wegen Verlusts im Widerspruch mit Art. 423 von einer Voraussetzung abhängig machen, welche mit Art. 395 unvereinbar ist, sondern auch desshalb, weil sie eine indirekte Verkürzung der Verjährungszeit um 3 Tage bezw. 4 Wochen enthalten, indem die Verjährungszeit vom Ablauf des Ankunftstages des betreffenden Zugs bezw. des letzten Lieferungstages an gerechnet wird.[25])

3. Varietäten des Eisenbahnfrachtgeschäfts.

§ 359.

a. Im Allgemeinen; insbesondere die Beförderung von Leichen.

I. Das deutsche Reglement hat mit Rücksicht auf die Eigenartigkeit des Transportgegenstandes und die damit in Verbindung stehende besondere Expeditionsweise des Eisenbahnbetriebs einige Gütertransportzweige besonders normirt und zum Theile besondern Regeln unterstellt, nämlich die Beförderung von Reisegepäck, von Leichen, von Equipagen und andern Fahrzeugen und von lebenden Thieren. Das Reglement hat diese vier Varietäten des Eisenbahnfrachtgeschäfts in Abschnitt II an den Personentransport angereiht, weil sie entweder schlechtweg oder regelmässig mit einem solchen in Verbindung stehen. Allein da diese Verbindung nur eine äusserliche ist und die innere Selbständigkeit jener vier Frachtgeschäfte nicht alterirt, so rechtfertigt sich systematisch nur ihre Anreihung an das Eisenbahnfrachtgeschäft überhaupt, wobei die Beförderung des Reisegepäcks möglichst nahe an den Personentransport zu rücken und die Beförderung des Handgepäcks wegen ihrer inneren Unselbständigkeit und abweichenden juristischen Struktur mit dem letzteren zu verbinden ist.

II. Ueber die **Beförderung von Leichen** stellt das Reglement § 34 [1]) folgende Bestimmungen auf:

1. Der Transport einer Leiche muss, wenn er von der Ausgangsstation des Zuges erfolgen soll, wenigstens 6 Stunden, auf einer Zwischenstation mindestens 12 Stunden vorher angemeldet werden.[2]) Die Beförderung erfolgt mit den Personenzügen, und die Beförderungszeit richtet sich nach den für das Reisegepäck geltenden Bestimmungen. Beförderung mit den Kourier- und Schnellzügen kann nicht verlangt werden. Die Aufgabe geschieht regelmässig gegen Transportschein, sonst mittels Frachtbriefs.[3])

2. Die Leiche muss in einem Sarge luftdicht eingeschlossen und dieser

---

[25]) S. o. § 340 III 1 S. 334. — Vgl. Eger II S. 506, 525, III S. 330, 331. — Vgl. auch Entw. v. 1874 § 56, 67.

[1]) Dazu Eger III S. 334, 335.

[2]) Regl. § 34 Abs. 1.

[3]) Spezialbestimmungen des Tarifverb. zu Regl. § 34.

von einer hölzernen Kiste umgeben sein. Der Transport kann auch im Leichenwagen stattfinden.[4])

3. Der Leiche muss ein Begleiter beigegeben sein, welcher ein Fahrbillet zu lösen hat,[5]) und zwar ein Billet der von ihm benutzten Wagenklasse, wenn er in einem Personenwagen fährt, ein Billet 3. Klasse, falls er im Leichenwagen selbst fährt.[6])

4. Bei der Aufgabe muss der vorschriftsmässige Leichenpass beigebracht werden, welchen die Eisenbahn übernimmt und bei Ablieferung der Leiche zurückstellt.[7])

5. Die tarifmässigen Transportgebühren müssen bei der Aufgabe entrichtet werden.[8])

6. Innerhalb 6 Stunden nach Ankunft des Zugs auf der Bestimmungsstation muss die Leiche abgeholt werden, widrigenfalls sie nach der Verfügung der Ortsobrigkeit beigesetzt wird.[9]) Die Auslieferung erfolgt nur gegen Rückgabe des etwa ertheilten Transportscheins oder Frachtbriefs oder der sonstigen von der Versandstation ausgestellten Aufgabebescheinigung.[10])

7. Wer unter falscher Deklaration Leichen zur Beförderung bringt, hat ausser der Nachzahlung der verkürzten Fracht vom Abgangs- bis zum Bestimmungsort das Vierfache dieser Frachtgebühr als Konventionalstrafe zu entrichten.[11])

Ausserdem ist noch zu bemerken:

1. Auch die Leichen unterliegen dem Transportzwang.[12])

2. Die Leichenbeförderung beruht auf einem eigentlichen Frachtvertrag. Desshalb treten wegen Verlusts, Beschädigung und Verspätung die gewöhnlichen frachtmässigen Haftprinzipien ein.[13])

---

[4]) Regl. § 34 Abs. 2.

[5]) Regl. § 34 Abs. 3.

[6]) Spezialbestimmung des Tarifverb. zu Regl. § 34.

[7]) Regl. § 34 Abs. 4 S. 1.

[8]) Regl. § 34 Abs. 4 S. 2. Dazu Uebereink. Art. 8.

[9]) Regl. § 34 Abs. 6.

[10]) Spezialbestimmung des Tarifverb. zu Regl. § 34.

[11]) Regl. § 34 Abs. 5. — Irrig ist die Ansicht Egers III S. 335 (vgl. I S. 108, 109), dass sowohl der Absender wie der Empfänger zur Zahlung dieser Strafe verpflichtet sei. S. o. § 345 III 2 c S. 397.

[12]) Thöl S. 114 Nr. 1. A. M. Keyssner, Allg. d. H.G.B. Stuttgart 1878 S. 437.

[13]) Die Leiche ist aber nicht bloss wegen ihrer Umhüllung, sondern auch als solche Transportgut im Sinne des H.G.B. S. o. § 337 S. 298 Not. 19. Dass sie keinen Vermögenswerth habe, ist für Leichen zu anatomischen Zwecken unrichtig. A. M. Eger III S. 334.

§ 360.

b. Die Beförderung von Equipagen und anderen Fahrzeugen.

Darüber enthält das Regl. § 35—39 [1]) folgende besondere Vorschriften:

1. Equipagen und andere Fahrzeuge, sowohl solche, welche auf ihren eigenen Rädern laufen (wie Lokomotiven, Tender und andere Eisenbahnfahrzeuge, unbeladene Postwagen),[2]) als auch solche, welche auf Eisenbahnwagen transportirt werden (wie abgesehen von Equipagen Möbelwagen, unbeladene Frachtwagen, Ackerwagen, Künstler- und Menageriewagen, Feuerspritzen u. dgl.), werden nur zwischen bestimmten Stationen befördert. Sie müssen 2 Stunden vor Abgang des Zugs und auf Zwischenstationen 24 Stunden vorher angemeldet und spätestens 1 Stunde vorher zur Expedition aufgeliefert werden. Die Eisenbahn ist nicht verpflichtet, sie mit Eil- und Schnellzügen zu befördern.[3]) Auf Verlangen der Eisenbahn muss ein Begleiter mitgegeben werden.[4]) In diesem Falle erfolgt die Beförderung regelmässig mittelst Transportscheins, sonst mittelst Frachtbriefs.[5])

2. Die Reisenden dürfen während der Fahrt nicht in ihren Equipagen bleiben.[6]) Dagegen steht es den Begleitern der Equipagen und Fahrzeuge frei, Reisegepäck in denselben zu belassen, sofern nicht Zoll- und Steuervorschriften entgegenstehen.[7])

3. Die Lieferungszeit ist dieselbe, wie die für gewöhnliches Gut. Nur begleitete Equipagen und andere Fahrzeuge, welche mit den Personenzügen befördert werden, müssen mit dem Zuge transportirt werden, zu welchem sie aufgegeben sind; sofern sie aber unterwegs aus einem Zug in einen andern übergehen müssen, brauchen sie erst mit dem nächstfolgenden Personenzuge einzutreffen.[8])

4. Die Auslieferung begleiteter Fahrzeuge erfolgt nach Ankunft des Zugs auf der Bestimmungsstation gegen Rückgabe des etwa ertheilten Transportscheins und an dessen Inhaber. Spätestens innerhalb 2 Stunden nach Ankunft muss das Fahrzeug abgeholt werden, wenn die Ankunft bis Abends 6 Uhr erfolgt; trifft dagegen der Zug auf der Bestimmungsstation erst später ein, so läuft diese Frist erst von Morgens 6 Uhr des folgenden Tags an; für jede Stunde längeren Verweilens kann die Verwaltung ein Standgeld fordern.[9]) Die Aus-

---

[1]) Dazu Uebereink. Art. 9 und Eger III S. 335—338.

[2]) R.Ges. v. 20 Dezbr. 1875 Art. 6 Abs. 4.

[3]) Regl. § 35 Abs. 1, 2.

[4]) S. o. § 356 II 6 b δ S. 495.

[5]) Spezialbestimmung des Tarifverb. zu Regl. § 35 Nr. 2, 3.

[6]) Regl. § 35 Abs. 3.

[7]) Regl. § 37.

[8]) Regl. § 39 Abs. 1, 2.

[9]) Regl. § 36 u. Spezialbestimmung des Tarifverb. dazu. Offenbar passt die Bestimmung des § 36 nur für begleitete Fahrzeuge.

lieferung anderer Fahrzeuge erfolgt nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Güterverkehrs.[10])

5. Die Eisenbahn haftet für Verlust und Beschädigung[11]) sowie für Verspätung[12]) nach den allgemeinen Grundsätzen des Eisenbahnfrachtgeschäfts, jedoch nicht für denjenigen Schaden, welcher aus der Gefahr entstanden ist, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird.[13])

§ 361.

c. Die Beförderung von lebenden Thieren.

Ueber die Beförderung von lebenden Thieren[1]) enthält das Regl. § 40—45[2]) nachstehende Bestimmungen:

1. Lebende Thiere werden nur zwischen bestimmten Stationen befördert.[3]) Nicht befördert werden:

a. Kranke Thiere.[4])

b. Thiere, deren Beförderung wegen der Gefahr einer Verschleppung von Seuchen sanitätspolizeilich untersagt ist.[5])

Die Beförderung wilder Thiere steht im Belieben der Eisenbahn und hängt von einem besonderen Uebereinkommen mit derselben ab.[6])

2. Der Absender bezw. Empfänger muss das Ein- und Ausladen sowie die zur Befestigung der Thiere erforderlichen Mittel und das Anbinden selbst besorgen oder besorgen lassen, sich auch von der sichern Anlegung der Thiere selbst überzeugen.[7]) Bei Sendungen von Grossvieh, die eine oder mehrere Wagenladungen ausmachen, ist mindestens für je 3 Wagen ein Begleiter zu stellen. Die Begleiter müssen regelmässig in den betreffenden Viehwagen Platz

---

[10]) Arg. § 39 Abs. 2, § 38 Abs. 1 S. 1.

[11]) Ueber Werthdeklaration und Normalsatz s. o. § 357 I 2, 3, insb. Not. 25 u. 28 S. 505—507; über die Ungiltigkeit des Regl. § 38 Abs. 5 S. 3 s. o. § 357 I 1 a Text zu Not. 4 u. 5 S. 502.

[12]) Ueber Interessedeklaration und Normalsatz s. o. § 357 II, insb. Not. 37 u. 39 S. 509.

[13]) Regl. § 38, 39. Ueber die theilweise Ungiltigkeit von Regl. § 38 Abs. 1, 4 s. o. § 356 Not. 66 S. 497.

[1]) Der Transport todter Thiere richtet sich lediglich nach den für die Güterbeförderung überhaupt geltenden Bestimmungen. Eger III S. 339.

[2]) Dazu Uebereink. Art. 10 und Eger III S. 338—343. — Wesentlich polizeiliche Vorschriften enthalten die bundesräthlichen „Bestimmungen über die Verladung und Beförderung von lebenden Thieren auf Eisenbahnen“, publizirt durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 13. Juli 1879 im Centralblatt S. 479—482.

[3]) Regl. § 40 Abs. 1 S. 1.

[4]) Regl. § 40 Abs. 2 S. 1. Die Ansicht Egers III S. 339, dass die Eisenbahn die Beförderung kranker Thiere übernehmen kann, ist irrig. Denn sieht man auch von der Gefahr der Ansteckung ab, so besteht doch kein berechtigtes Interesse zu deren Beförderung.

[5]) Regl. § 40 Abs. 2 S. 2.

[6]) Regl. § 40 Abs. 3.

[7]) Regl. § 40 Abs. 1 S. 2.

nehmen und das Vieh während des Transports beaufsichtigen. Bei Kleinvieh bedarf es der Begleitung nicht.[8])

3. Bie Beförderung lebender Thiere findet in besonderen Viehzügen, in Eilgüterzügen, Güterzügen und Personenzügen statt. Im Falle des Bedürfnisses sind auf den Hauptverkehrslinien Viehzüge fahrplanmässig vorzusehen; nöthigen Falls, d. h. wenn eine entsprechende Quantität von Vieh zur Beförderung steht, sind auch besondere Viehzüge abzulassen. Im Uebrigen bestimmt die Eisenbahn nach ihrem Ermessen sowohl die Züge, mit welchen Thiere befördert werden, als auch die Quantität der gleichzeitig zu befördernden Thiere. Die Mitnahme einzelner Stücke hängt davon ab, ob passlicher Raum vorhanden ist, wesshalb dieselbe im Voraus nicht zugesichert werden kann.[9])

4. Die Thiere müssen 2 Stunden, Pferde wenigstens 1 Stunde vor Abgang des Zugs zur Einladung bereit gestellt, und wenn der Zug in der Nacht oder des Morgens früh vor 7 Uhr abgeht, bis 8 Uhr Abends vorheran gemeldet werden.[10]) Die Expedition geschieht regelmässig gegen Beförderungsschein, andernfalls mittelst Frachtbriefs.[11])

5. Der Fahrpreis der Thiere ist stets am Absendungsort zu entrichten.[12])

6. Die Lieferungszeit beträgt im Maximum 1 Tag Expeditionsfrist und 1 Tag Transportfrist für je auch nur angefangene 300 km. Sie beginnt mit der auf die Abstempelung des Frachtbriefs oder Aushändigung des Gepäck- oder Beförderungsscheins folgenden Mitternacht und ist gewahrt, wenn innerhalb derselben das Vieh auf der Bestimmungsstation zur Abnahme bereit gestellt ist. Für die Dauer des Aufenthaltes des Viehs auf den Tränkestationen ruht die Lieferungsfrist. Im Uebrigen kommen für die Berechnung derselben die für Eilgut geltenden Bestimmungen zur Anwendung. Doch ist für die Auslieferung von Pferden und Hunden, welche mit Personenzügen befördert werden, die Lieferungszeit des Reisegepäcks massgebend.[13])

7. Bei der Ankunft am Bestimmungsorte werden die Thiere gegen Rückgabe der etwa ausgestellten Beförderungsscheine ausgeliefert. Das Ausladen und Abtreiben muss spätestens 2 Stunden, das Abführen der Pferde spätestens 1 Stunde nach der Ankunft auf dem Bahnhofe geschehen. Nach Ablauf dieser Frist kann die Eisenbahnverwaltung die Thiere auf Gefahr und Kosten des Versenders in Verpflegung geben oder ein Standgeld erheben, falls sie dem Vieh einen ferneren Aufenthalt auf dem Bahnhofe gestattet.[14])

---

8) Regl. § 40 Abs. 4. Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 13. Juli 1879 § 8.

9) Regl. § 42 Abs. 1, § 43 Abs. 1. Angef. Bekanntmachung § 4.

10) Regl. § 42 Abs. 2, 3, § 43 Abs. 3 S. 1.

11) Spezialbestimmung des Tarifverb. zu Regl. § 42, 43. Uebereink. Art. 10 I Z. 1.

12) Regl. § 41 Abs. 2 S. 1, § 42 Abs. 6, § 43 Abs. 2. Uebereink. Art. 10 I Z. 2 Abs. 2; II.

13) Regl. § 45 Abs. 1—5 S. 1 (nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 15. April 1883 (Centralblatt S. 99)).

14) Regl. § 42 Abs. 4, 5, § 43 Abs. 3 S. 2, 3.

8. Die Eisenbahn haftet für Verlust und Beschädigung nach den allgemeinen Grundsätzen des Eisenbahnfrachtgeschäfts.[15]) Doch haftet sie nicht für den Schaden, welcher aus der mit dem Transport der Thiere für dieselben verbundenen besonderen Gefahr entstanden ist; ebenso nicht für den Schaden, welcher aus dem Ein- und Ausladen oder aus der Gefahr entstanden ist, deren Abwendung durch die geforderte Begleitung bezweckt wird.[16]) Für Versäumung der Lieferungszeit haftet die Eisenbahn nach den für Eilgut geltenden Bestimmungen.[17])

9. Auch für Hunde gelten die allgemeinen Grundsätze des Viehtransports.[18]) Nur in Ansehung von Hunden, welche als Begleiter von Passagieren mit Personenzügen befördert werden, gelten folgende spezielle Bestimmungen:

a. Ihre Beförderung geschieht in abgesonderte Behältnissen.[19])

b. Die Verwaltung ist nicht verpflichtet, derartige Hunde, welche nach Ankunft auf der Bestimmungsstation nicht sofort abgeholt werden, zu verwahren.[20])

§ 362.

d. Die Beförderung des Reisegepäcks.

I. Unter Reisegepäck[1]) versteht man diejenigen Gegenstände, welche der Reisende zu seinem und seiner Angehörigen Reisebedürfnisse mit sich führt und welche mit demselben Zuge wie der Reisende befördert werden, also namentlich Koffer, Mantel- und Reisesäcke, Hutschachteln, kleine Kisten u. dgl. Dagegen werden grössere kaufmännisch verpackte Kisten, Tonnen, sowie andere nicht zu den Reisebedürfnissen zu rechnende Gegenstände nur ausnahmsweise nach dem Ermessen des expedirenden Beamten zugelassen.[2]) Ganz ausgeschlossen von der Beförderung als Reisegepäck sind die Gegenstände, welche von der Beförderung als Frachtgut, sowie die Gegenstände, welche von der Mitnahme

---

[15]) Regl. § 44 Abs. 1, 3—5. Ueber Werthdeklaration und Normalsatz s. o. § 357 I 2, 3, insbes. Not. 25 u. 28 S. 505—507.

[16]) Regl. § 44 Abs. 2. S. o. § 356 II 5, 6 S. 494—496, und über Regl. § 44 Abs. 2 S. 3 insb. Text zu Not. 51.

[17]) Regl. § 45 Abs. 4—6 (in der modifizirten Gestalt). Ueber Interessedeklaration und Normalsatz s. o. § 357 II S. 507—510.

[18]) Regl. § 41 Abs. 2 S. 3.

[19]) Regl. § 41 Abs. 1.

[20]) Regl. § 41 Abs. 2 S. 2. — Thöl S. 118 hält diese Bestimmung für unzulässig. Aber mit Unrecht. Denn die Rezeptshaftung dauert nur so lange, als der Empfänger nicht in Verzug ist. Er ist dies aber, wenn er nicht sofort nach Ankunft des Zugs den Hund in Empfang nimmt. Und dann kann die Eisenbahnverwaltung den Hund einfach laufen lassen, da eine Uebergabe zur Aufbewahrung bezw. oft schon das Ausladen des Hundes wegen der Gefahr des Beissens nicht räthlich ist. Eine vorhergehende Verwarnung des Empfängers ist wegen dessen Unbekanntheit nicht möglich. Vgl. L. 1 § 3—4 D. de peric. (18, 6). Windscheid II § 346 Nr. 3 u. Not. 6.

[1]) Davon handeln Art 425, 427 u. Regl. § 24—33. Dazu Eger III S. 323—334.

[2]) Regl. § 24 S. 1 u. Spezialbestimmung des Tarifverb. dazu.

in die Personenwagen ausgeschlossen sind, nämlich feuergefährliche und andere Gegenstände, die auf irgend eine Weise Schaden verursachen können, wie geladene Gewehre, Schiesspulver, leicht entzündliche Präparate u. dgl.[3]) Wer solche Gegenstände als Reisegepäck aufgibt, haftet

1. strafrechtlich nach den einschlägigen Polizeiverordnungen bezw. nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs;

2. er hat eine Konventionalstrafe von 12 M. für jedes kg. Bruttogewicht des aufgegebenen Gepäckstücks zu erlegen;

3. er haftet für allen etwa entstehenden Schaden.[4])

Das Reisegepäck ist entweder **aufgegebenes** oder aber **nicht aufgegebenes** Reisegepäck, sog. Handgepäck. Hier soll nur von dem ersteren gehandelt werden, da der Transport des Handgepäcks nicht Gegenstand eines selbständigen Frachtvertrags, sondern nur eines erweiterten Personentransports ist.[5])

II. Das Reisegepäck muss

1. sicher und dauerhaft verpackt sein; sonst kann es zurückgewiesen werden. Auch müssen bei Vermeidung desselben Präjudizes die Gepäckstücke von älteren Post- und Eisenbahnzeichen frei sein, weil sonst leicht eine Verschleppung des Gepäckes entstehen könnte.[6]) Nimmt aber die Eisenbahn solches Gepäck ohne Entfernung der älteren Zeichen an, und tritt alsdann wirklich eine Verschleppung ein, so ist die Eisenbahn für allen daraus entstandenen Schaden verantwortlich. Die gegentheilige Bestimmung des Reglements ist nach Art. 423 ungiltig und kann auch nicht unter Art. 424 Abs. 1 Z. 2 subsumirt werden, weil ein solches Zeichen kein Mangel der Verpackung ist, und weil, wenn es auch als ein solcher betrachtet werden könnte, es doch an der Erklärung des Absenders auf dem Gepäckschein fehlen würde. dass das Gepäckstück mit mangelhafter Verpackung aufgegeben sei.[7])

2. Das Gepäck muss spätestens 15 Minuten vor Abgang des Zuges unter Vorzeigung des Fahrbillets in die Gepäckexpedition eingeliefert sein; sonst braucht es nicht mitgenommen zu werden. Später eingeliefertes Gepäck kann ausnahmsweise in dringenden Fällen auch unexpedirt mitgenommen werden unter Vorbehalt späterer Expedirung. In diesem Falle liegt bis zum Zeitpunkt der Expedirung kein Frachtgeschäft und Receptum vor, sondern ein einfacher Gütertransport. Ganz dasselbe gilt für die Annahme von Reisegepäck auf Haltestellen.[8])

---

[3]) Regl. 24 S. 2 vbd. m. § 22 Abs. 3 S. 1 u. § 48 A.

[4]) Regl. § 24 S. 2 vbd. m. § 22 Abs. 3 S. 3 u. § 48 C. S. o. § 345 III 2b S. 397.

[5]) S. u. § 364 a. E.

[6]) Regl. § 25.

[7]) Thöl S. 111 Nr. 3; H.R. Erörter. S. 12—15. A. M. Goldschmidt i. s. Zeitschr. XXVI S. 611, 612, XXVIII S. 454. Eger III S. 324, 325. Vgl. auch Hahn Art. 423 § 10 S. 721, 722.

[8]) Regl. § 26 Abs. 1—3. S. o. § 356 III 1 S. 496. — Nach einer Spezialbestimmung des Tarifverb. zu Regl. § 26 werden Gepäckstücke aller Art auch ohne Lösung von Fahrbillets zur tarifmässigen Gepäckfracht auf Gepäckschein befördert (Expressgut), aber nur in den gewöhnlichen Personenzügen.

3. Soweit das Gepäck nicht frei ist, muss die Gepäckfracht sofort bei der Aufgabe berichtigt werden bei Vermeidung des Nachtheils, dass die Beförderung sonst unterbleibt.[9])

4. Gegen Einlieferung des Gepäcks erhält der Reisende einen **Gepäckschein.** Damit ist das Frachtgeschäft perfekt geworden. Desshalb ist der Gepäckschein Beweisurkunde über den Abschluss desselben. Gleichzeitig ist er aber auch Quittung über die Bezahlung der Gepäckfracht und Legitimationspapier. Der Gepäckschein lautet auf den Inhaber. Er legitimirt den Inhaber, die Auslieferung des Gepäcks zu verlangen; er gibt der Eisenbahn die Befugniss, gegen Rückgabe des Scheins dem Inhaber das Gepäck auszuliefern, ohne dessen Legitimation prüfen zu müssen und ohne daher Gefahr zu laufen, von einem andern allein oder besser Berechtigten noch einmal auf Auslieferung des Gepäcks in Anspruch genommen zu werden.[10])

III. Nach Ankunft des betreffenden Zugs am Bestimmungsort kann der Inhaber des Gepäckscheins die sofortige Auslieferung des Gepäcks nach Ablauf der zur ordnungsmässigen Ausladung und Ausgabe sowie zur etwaigen steueramtlichen Abfertigung erforderlichen Zeit im Lokal der Gepäckexpedition verlangen. Will er die sofortige Auslieferung des Gepäcks nicht erwarten, so kann er dasselbe innerhalb 24 Stunden nach dessen Ankunft in bestimmten Expeditionsstunden in der Gepäckexpedition abfordern oder abfordern lassen. Wird das Gepäck innerhalb 24 Stunden nicht abgeholt, so ist für dasselbe das vorgeschriebene Lagergeld zu entrichten.[11]) Da der Reisende das Gepäck innerhalb 8 Tagen nach Ankunft des betreffenden Zugs auf der Bestimmungsstation abfordern muss, widrigenfalls die Verwaltung von jeder Verantwortlichkeit für den Verlust desselben frei wird,[12]) so kann er, wenn ihm auf seine Abforderung hin das Gepäck nicht überliefert wird, zur Sicherung des Beweises verlangen,

---

[9]) Regl. § 26 Abs. 4. Uebereink. Art. 6. Nach einer Spezialbestimmung des Tarifverb. zu § 26 des Regl. werden auf jedes Fahrbillet der ersten 3 Wagenklassen 25 kg. Reisegepäck unentgeltlich befördert. Der Entgelt steckt hier im Billetpreis, wesshalb auch in Ansehung solchen Freigepäcks ein Frachtgeschäft vorliegt. S. o. § 337 I 2 S. 296, 297.

[10]) Dies allein will Regl. § 28 Abs. 1: „welche die Bahnverwaltung von jedem weitern Anspruche befreit“, sagen. Diese Auffassung rechtfertigt sich schon durch die Ueberschrift und den Inhalt des § 28, der nur von Gepäckscheinen und Auslieferung handelt, während erst in § 29 von der Haftpflicht der Eisenbahnen für das Reisegepäck die Rede ist. Desshalb gilt in Ansehung von Minderung und Beschädigung des Reisegepäcks, welche bei der Ablieferung äusserlich nicht erkennbar waren, die Bestimmung des Regl. § 64 Abs. 4 S. 3. Thöls (S. 113, 114) gegentheilige Meinung ist unhaltbar. Denn einmal ist das Reisegepäck nirgends ausdrücklich von § 64 Abs. 4 ausgeschlossen, und sodann ist in § 29 a. A. ausdrücklich gesagt, dass die Eisenbahn für die richtige und unbeschädigte Ablieferung der Gepäckstücke im Allgemeinen nach den in Abschnitt III (Beförderung von Gütern) enthaltenen Bedingungen und Abreden haftet, soweit solche auf die Beförderung von Reisegepäck anwendbar sind. Vgl. auch Eger III S. 328.

[11]) Regl. § 28 Abs. 2.

[12]) Regl. § 29 Abs. 1 lit. c. S. o. § 356 III 3 S. 498—500.

dass ihm auf dem Gepäckschein Tag und Stunde der geschehenen Abforderung von der Gepäckexpedition bescheinigt werde.[13])

Das Gepäck wird regelmässig nur gegen Rückgabe des Gepäckscheins ausgeliefert. In Ermangelung des Gepäckscheins ist die Verwaltung zur Aushändigung des Gepäcks nur nach vollständigem Nachweise der Empfangsberechtigung gegen Ausstellung eines Reverses und nach Umständen gegen Sicherheit verpflichtet.[14])

In der Regel soll das Gepäck nur auf der Bestimmungsstation verabfolgt werden. Ausnahmsweise kann jedoch, sofern Zeit und Umstände sowie Zoll- und Steuervorschriften dies gestatten, auf Verlangen des Reisenden das Gepäck auch auf einer vorhergehenden Station gegen Rückgabe des Gepäckscheins und unter Vorzeigung des Fahrbillets zurückgegeben werden.[15])

IV. Die Eisenbahn haftet vom Zeitpunkt der Aushändigung des Gepäckscheins ab für Verlust und Beschädigung des Gepäcks prinzipiell nach den allgemeinen Grundsätzen des Frachtgeschäfts.[16]) Verloren gegangene, aber später wieder aufgefundene Gepäckstücke müssen dem Reisenden gegen Rückerstattung des empfangenen Schadenersatzes restituirt werden.[17]) Ebenso haftet die Eisenbahn für Versäumung der Lieferungszeit.[18])

V. Zurückgelassene Gegenstände werden mindestens 3 Monate lang aufbewahrt, bezw. wenn sie einem raschen Verderb ausgesetzt sind, werden sie zwar verkauft, aber deren Erlös während dieser Zeit zur Disposition des Berechtigten gehalten.[19])

VI. Bedient sich der Reisende bei der Auflieferung oder Abholung des Gepäcks eines von der Eisenbahn zugelassenen Gepäckträgers, so ist die Eisenbahn für denselben nicht verantwortlich; denn er gehört nicht zu ihren Leuten im Sinne des Art. 400. Ebensowenig haftet sie für den Portier oder sonstigen Bahnbediensteten, welchem der Reisende Gepäckgegenstände zur vorübergehenden Aufbewahrung wenn auch gegen eine von der Bahn festgesetzte Gebühr übergibt; denn derselbe gehört zwar zu ihren Leuten, aber die Aufbewahrung von Reisegepäck gehört nicht zur Ausführung eines übernommenen Transports.[20])

---

[13]) Regl. § 29 Abs. 2.

[14]) Regl. § 28 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4 S. 3.

[15]) Regl. § 28 Abs. 4. Vereinszollges. vom 1. Juli 1869 § 92.

[16]) Regl. § 29, 30. — Ueber Werthdeklaration und Normalsatz s. o. § 357 I 2, 3, insbesondere Not. 25 u. 28 S. 505—507. Ueber die Nothwendigkeit der Reklamation innerhalb 8 Tagen s. o. § 356 III 3 S. 498—500. Ueber die Ungiltigkeit der Bestimmung des Regl. § 30 Abs. 1, dass fehlende Gepäckstücke erst nach Ablauf von 3 Tagen seit Ankunft des Zugs als in Verlust gerathen zu betrachten seien, s. o. § 340 III 1 S. 334 u. § 358 II a. E. S. 513, 514.

[17]) Regl. § 39 Abs. 2. Das Nähere s. o. § 340 VII S. 345. — Entw. v. 1874 § 56 Abs. 3, 4.

[18]) Regl. § 31. Ueber Interessedeklaration und Normalsatz s. o. § 357 II S. 507–510.

[19]) Regl. § 33. Eger III S. 332—334. Das Nähere s. o. § 341 II 3 b S. 361.

[20]) Regl. § 32.

§ 363.

4. Das Reklamationsverfahren.[1])

I. Ein Reklamationsverfahren kommt in zwei Fällen vor: einmal bei **Entschädigungsreklamationen**, d. h. bei Reklamationen wegen seitens der Eisenbahnen zu leistender Entschädigungen, und sodann bei **Frachtreklamationen**, d. h. bei Reklamationen wegen unrichtiger Frachtberechnung.

II. Ist über die Entschädigungs**pflicht** der Eisenbahn kein Streit, sondern handelt es sich nur um den Umfang des Schadens und die Höhe des Schadenersatzes, so kann sich der Reklamationsberechtigte mit der Eisenbahn auf aussergerichtlichem Wege auseinandersetzen. Für diesen Fall schreibt das Reglement[2]) folgendes Verfahren vor:

1. Der Reklamationsberechtigte hat seinen Ersatzanspruch bei der Eisenbahn **anzumelden**. Dies muss seitens des Empfängers bei der Empfangsverwaltung noch vor dem Empfang und seitens des Absenders bei der Versandverwaltung noch vor der Zurücknahme des Guts geschehen. Dabei muss der Reklamant entweder den von der Eisenbahn konstatirten Thatbestand über Art, Umfang und Ursache der Beschädigung anerkennen,[3]) oder aber, wenn er sich mit dem Ausspruche der von der Eisenbahn beigezogenen Sachverständigen nicht zufrieden gibt, den Schaden durch andere gerichtsseitig[4]) speziell ernannte oder bei dem Gericht bereits ständig bestellte Sachverständige feststellen lassen.

2. Die angemeldete Reklamation ist dann binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist[5]) wirklich **einzubringen** und zwar mit folgenden Belegen:

a. Mit einem den Werth des Gutes nachweisenden Dokumente, z. B. mit einer Faktura, Preisliste u. dgl.

b. Wenn das Gut in Empfang genommen und desshalb auch der Frachtbrief ausgeliefert wurde, auch mit dem Frachtbrief, um denselben, falls die Eisenbahn die Entschädigung auszahlt, durch Abstempelung unter Beifügung der betreffenden Journalnummer oder durch einen sonstigen ins Auge fallenden Vermerk über die geschehene Regulirung für eine weitere Reklamation un-

---

[1]) Der Entw. v. 1874 hat in § 92 ff. ein eigenartiges Beschwerdeverfahren vor dem Reichseisenbahnamt für vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Publikum und den Eisenbahnen normirt.

[2]) § 64 Abs. 10—12, woran sich Uebereink. Art. 30 schliesst. Dazu Eger II S. 459—463, III S. 450—452. Missverstanden ist dieses Reklamationsverfahren von Thöl S. 207, 208, der nicht zwischen Anmeldung und Einbringung der Reklamation unterscheidet.

[3]) In beliebiger Form; in der Regel durch Mitunterschrift des Thatbestandprotokolls.

[4]) Das Regl. § 64 Abs. 11 sagt: „Durch vom Handelsgerichte oder in dessen Ermangelung vom Richter des Orts ernannte“ u. s. w. im offenbaren Anschluss an Art. 407 Abs. 2. Nach dem Geiste des § 13 Abs. 4 des Einf.Ges. zur C.P.O. ist auch hierfür das Amtsgericht der gelegenen Sache kompetent.

[5]) Art. 408 Abs. 3, Art. 386.

brauchbar zu machen. Nur wenn der Frachtbrief verloren und der Verlust genügend bescheinigt ist, kann von der Beibringung desselben abgesehen werden.[6])

3. Die eingebrachte Reklamation muss mit thunlichster Beschleunigung von der Eisenbahn **beantwortet und erledigt** werden, weil die erhobene Reklamation die Klageverjährung nicht unterbricht.[7]) Nach dem Uebereinkommen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen[8]) entscheidet die angegangene Verwaltung die Frage, ob und zu welchem Betrage Entschädigung bezw. Frachtrückzahlung zu leisten ist, selbständig, wenn es sich um Entschädigungen bis zum Betrage von höchstens 600 Mark handelt, dagegen, wenn höhere Entschädigungen gezahlt werden sollen, unter Mitwirkung der übrigen betheiligten Verwaltungen.

4. Ist der Reklamant mit der Entschädigung der Eisenbahn nicht zufrieden, so kann er innerhalb der Verjährungszeit noch immer den Prozessweg betreten.[9])

III. Bezüglich des **Frachtreklamationsverfahrens** enthält das Reglement keine Bestimmungen, wohl aber das Uebereinkommen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen.[10]) Darnach soll die **Regulirung** der Reklamation stets durch die Versand- oder Empfangsverwaltung erfolgen, dagegen die **Entscheidung** über die Reklamation in der Regel durch gemeinschaftliches Benehmen sämmtlicher am Transport betheiligter Verwaltungen.

§ 364.

E. Der Personentransport der Eisenbahnen.

I. Wie der Personentransport überhaupt, so ist auch der der Eisenbahnen im H.G.B. nicht normirt. Dagegen gibt das Reglement[1]) eine Reihe von Bestimmungen, die aber zum Theil bahnpolizeilicher Natur sind. Dieselben sind folgende:

1. Die Personenbeförderung findet entweder nach Massgabe der öffentlich bekannt gemachten und auf allen Stationen ausgehängten Fahrpläne statt, oder aber sie wird durch Extrafahrten bewerkstelligt. Die letztern unterliegen ganz dem Ermessen der Verwaltungen. Dagegen ist zur fahrplanmässigen Personenbeförderung die Eisenbahn verpflichtet, falls nicht höhere Gewalt oder aussergewöhnliche Hindernisse entgegenstehen oder die regelmässigen Transportmittel nicht ausreichen.[2])

---

[6]) Uebereink. Art. 30 Z. 2 Abs. 2.

[7]) Uebereink. Art. 30 Z. 2 Abs. 1 S. 3. R.O.H.G. XV 12 S. 31. S. o. § 343 S. 372 insbesondere Not. 46.

[8]) Art. 30 Z. 2 S. 2.

[9]) Vgl. Eger II S. 461. — Entw. v. 1874 § 95.

[10]) Art. 23; vgl. Art. 30 Z. 2 S. 3. Vgl. Eger II S. 384—386.

[1]) Regl. § 6 Abs. 1, § 7—23. Uebereink. Art. 2—5. Eger III S. 306—323. — Entw. v. 1874 § 25—28.

[2]) Regl. § 7, § 6 Abs. 1.

2. Extrafahrten beruhen auf einem eigentlichen Transportvertrag und werden ganz nach dessen Grundsätzen beurtheilt. Dagegen beruhen die fahrplanmässigen Personenbeförderungen auf Rechtsvorschrift. Desshalb ist die Verbindlichkeit der Eisenbahn zur fahrplanmässigen Beförderung einer Person keine vertragsmässige, sondern eine **gesetzliche.**[3]) Die Eisenbahn ist verpflichtet, einen Jeden zu befördern, welcher die fahrplanmässigen Voraussetzungen erfüllt. Diese aber sind zwei, eine negative und eine positive, nämlich:

a. **Der Passagier darf nicht zu den von der Fahrt ausgeschlossenen Personen gehören.** Ausgeschlossen aber sind:

α. **Belästigende** Personen, falls sie nicht ein besonderes Koupee bezahlen. Belästigende Personen sind solche, welche wegen einer ersichtlichen Krankheit oder aus anderen Gründen durch ihre Nachbarschaft den Mitreisenden augenscheinlich lästig werden.[4])

β. **Renitente** Personen, d. h. solche, welche die vorgeschriebene Ordnung nicht beobachten, sich den Anordnungen des Dienstpersonals nicht fügen, oder sich unanständig benehmen.[5])

γ. **Trunkene** Personen.[6])

b. **Der Passagier muss im Besitz eines Fahrbillets sein.** Wie er in den Besitz desselben gekommen ist, bleibt sich gleich, wenn er es nur hat.

Von einem Transport**vertrag** kann bei der fahrplanmässigen Personenbeförderung nicht die Rede sein; diese Beförderung hat alles Individuelle abgestreift, was doch zum Vertrage nothwendig ist. Der einzelne Reisende kommt nur als Platzinhaber einer bestimmten Wagenklasse in Betracht und wird auch darnach behandelt. Allerdings sind auch bei dieser Beförderung die Elemente eines Personentransportvertrags, Transportleistung und Aequivalent, vorhanden, aber dieselben sind nicht zu einem synallagmatischen Vertrag zusammengeschlossen. Die Eisenbahn schuldet dem einzelnen Passagier die Beförderung nicht, weil sie ihm dieselbe versprochen hat, etwa durch Verkauf des Billets,[7]) sondern weil das Recht ohne Rücksicht auf ihren Willen sie dazu zwingt, falls er im Besitz eines Fahrbillets ist. Der Passagier zahlt die fahrplanmässige Taxe nicht, weil er die ihm von der Eisenbahn angebotene Transportleistung angenommen und das Aequivalent dafür, den Fahrpreis, versprochen hat, sondern um sich dadurch die Voraussetzung für die Transportpflicht der Eisenbahn zu verschaffen. Und so bekommt der Reisende die Transportleistung in Folge gesetzlicher Verpflichtung der Eisenbahn und die Eisenbahn ihre Vergütung durch Verkauf des Billets. Der Verkauf eines Billets ist ein wahrer Verkauf eines Werthobjekts, so gut wie der Verkauf eines andern Werthpapiers. Und dem entsprechend ist auch das Fahrbillet weder Beweisurkunde über den abge-

---

[3]) A. M. Eger III S. 306—308.

[4]) Regl. § 13.

[5]) Regl. § 23 Abs. 1 S. 1.

[6]) Regl. § 23 Abs. 1 S. 2.

[7]) Man denke z. B. an den Fall, dass der Reisende dasselbe einem andern gestohlen hat. A. M. R.G. IV 54 S. 193.

schlossenen Beförderungsvertrag — denn ein solcher existirt nicht —, noch Quittung über den geschuldeten Fahrpreis — denn im Momente, wo der Billetkäufer den Fahrpreis zahlt, gibt es gar keine Schuld desselben —, sondern dasselbe ist lediglich ein Legitimationszeichen, von dessen Innehabung die wirksame Geltendmachung des gesetzlichen Beförderungsanspruchs abhängt.[8])

3. Die zur Legitimation erforderlichen Fahrbillets werden innerhalb gewisser Zeiten vor Abgang des Zugs auf den Stationen gegen Zahlung des tarifmässigen Preises[9]) **verkauft.**[10]) Einzelne bestimmte Plätze werden nicht verkauft. Dagegen ist auf der Abgangsstation bis spätestens 20 Minuten vor Abgang des betreffenden Zuges die Bestellung ganzer Koupees oder Wagenabtheilungen der ersten zwei Wagenklassen gegen Bezahlung der auf das Koupee kommenden Plätze zulässig. Auf Zwischenstationen können ganze Koupees nur dann beansprucht werden, wenn solche unbesetzt in dem ankommenden Zuge vorhanden sind. Ueber die Bezahlung des Koupees wird dem Reisenden ein Schein ausgestellt, der ebenfalls Legitimationspapier ist. Der Reisende hat jedoch keinen Anspruch darauf, mehr Personen in das Koupee aufzunehmen, als Fahrbillets bezahlt sind.[11])

Gelöste Fahrbillets können unter gewissen Voraussetzungen auch **umgetauscht** werden.[12])

4. Die Fahrbillets geben einen Anspruch auf Beförderung in der entsprechenden Wagenklasse des betreffenden Zugs, aber nicht unbedingt, sondern nur soweit in dieser Plätze vorhanden sind bezw. beim Wechseln der Wagen vorhanden bleiben, indem die mit durchgehenden Billets ankommenden Reisenden den Vorzug vor den neu hinzutretenden haben;[13]) ferner auf Beförderung des

---

[8]) Vgl. Bekker in seinem u. Muthers Jahrb. I S. 308, 309. Kuntze, Inhaberpapiere S. 498, 518. Gareis S. 434. Eger III S. 310, 311. — Die Billete müssen bezeichnen: die Stationen, von und bis zu welchen die Fahrt verlangt worden ist; das Fahrgeld für die von dem Reisenden beanspruchte Wagenklasse; endlich die Zeit oder den Zug, wofür das Billet gilt. Regl. § 10 Abs. 1.

[9]) Kinder unter 10 Jahren werden zu ermässigten Preisen befördert, während Kinder unter 3 Jahren, welche ihren Sitz auf dem Platz ihrer Begleiter finden, frei befördert werden. Regl. § 10 Abs. 4–6. Dazu Uebereink. Art. 4.

[10]) Der Verkauf kann auf Stationen von geringerer Frequenz nur innerhalb der letzten halben Stunde, auf Stationen mit grösserer Frequenz aber innerhalb einer Stunde vor Abgang des betreffenden Zugs, wenn jedoch zwischen zwei nach derselben Richtung abgehenden Zügen eine noch kürzere Zwischenzeit liegt, nur innerhalb dieser Frist verlangt werden, in allen drei Fällen jedoch nur bis 5 Minuten vor Abgang des Zugs. Regl. § 9 Abs. 1, 2. — Nichteröffnung oder nicht rechtzeitige Eröffnung der Personenkasse macht die Eisenbahn schadenersatzpflichtig. Eger III S. 315 und das von ihm angef. U. des Oesterr. Ob.Ger. v. 3. August 1876.

[11]) Regl. § 8, 9 Abs. 5, 6, § 12 Abs. 1; vgl. § 13.

[12]) Gegen Billete höherer Klassen ist der Umtausch bis 10 Minuten vor Abgang des Zuges unter Nachzahlung der Preisdifferenz statthaft, soweit noch Plätze in den höheren Klassen vorhanden sind; gegen Billete niedriger Klassen unter Rückerstattung der Differenz seitens der Eisenbahn jedoch nur, wenn dem Reisenden der seinem Billet entsprechende Platz nicht angewiesen und ihm auch zeitweilig ein Platz in einer höheren Klasse nicht eingeräumt werden kann. Regl. § 9 Abs. 3 S. 2, § 11.

[13]) Regl. § 9 Abs. 3 S. 1, Abs. 4.

Reisegepäcks,[14]) und schliesslich auf sichere Benützung der den Passagieren angewiesenen Bahnhofsräume (Wartesäle u. dgl.).[15]) Kann dem Billetinhaber kein seinem Billet entsprechender Platz angewiesen und ihm auch zeitweilig kein Platz in einer höheren Klasse eingeräumt werden, so hat er die Wahl, entweder sein Billet gegen ein Billet der niedrigern Klasse, in welcher noch Plätze vorhanden sind, gegen Rückempfang der Differenz umzutauschen, oder aber die Fahrt zu unterlassen und das bezahlte Fahrgeld zurückzuverlangen.[16])

Der Billetinhaber hat den Anspruch auf Beförderung mit dem betreffenden Zuge nur dann, wenn er rechtzeitig, d. h. bevor das Abfahrtszeichen durch die Dampfpfeife der Lokomotive gegeben wurde, eingestiegen bezw. nach seinem Aussteigen wieder eingestiegen ist. Jedes spätere Einsteigen und jede Hilfeleistung dazu ist verboten und strafbar. Hat der Reisende die Abfahrtszeit versäumt, so steht ihm ein Anspruch weder auf Rückerstattung des Fahrgeldes noch auf irgend eine andere Entschädigung zu. Jedoch ist ihm gestattet, auf Grund seines gelösten Billets mit einem andern am nämlichen oder am nächstfolgenden Tage abgehenden, zu keinem höheren Tarifsatz fahrenden Zuge zu reisen, sofern er sein Billet ohne Verzug dem Stationsvorstand vorlegt und mit einem Vermerk über die verlängerte Giltgkeit versehen lässt.[17])

Der Billetinhaber hat, falls er nicht ein Koupee belegt hat, keinen Anspruch auf einen bestimmten Platz. Vielmehr werden die Plätze auf Verlangen vom Dienstpersonal angewiesen. Doch kann er den einmal eingenommenen bezw. angewiesenen Platz behaupten, falls er nicht auf Zwischenstationen denselben verlässt, ohne ihn zu belegen. Reisende Damen sollen auf Verlangen in einem Damenkoupee untergebracht werden.[18])

Unterwegs kann der Reisende auf einer Zwischenstation aussteigen, um mit einem andern am nämlichen oder folgenden Tage nach der Bestimmungsstation abgehenden und zu keinem höheren Tarifsatze fahrenden Zuge weiter zu reisen. Doch muss er unmittelbar nach dem Verlassen des Zugs dem Stationsvorsteher das Billet vorlegen und mit dem Vermerk der verlängerten Giltigkeit versehen lassen.[19]) Ausserdem kann der Reisende unterwegs auf einer Zwischenstation auf einen Platz einer höheren Wagenklasse übergehen, falls ein solcher noch vorhanden ist und er ein Zuschlagsbillet löst.[20])

Ohne Billet hat Niemand Anspruch auf Beförderung. Der Reisende, welcher ohne giltiges Fahrbillet betroffen wird, hat für die ganze von ihm zurückgelegte Strecke, und wenn die Zugangsstation nicht sofort unzweifelhaft nachgewisen wird, für die ganze vom Zug zurückgelegte Strecke, das Doppelte

---

[14]) Regl. § 26 Abs. 1; 25 kg. Freigepäck nach Spezialbest. des Tarifverb. zu § 26 des Regl.

[15]) Regl. § 14 Abs. 1, 2. R.G. IV 54 S. 192—194.

[16]) Regl. § 9 Abs. 3 S. 2, § 11 Abs. 2.

[17]) Regl. § 15, 16, 18 Abs. 2.

[18]) Regl. § 9 Abs. 5, 6, § 12, § 17 Abs. 2.

[19]) Regl. § 10 Abs. 2, 3.

[20]) Regl. § 11 Abs. 1 S. 2.

des gewöhnlichen Fahrpreises, mindestens aber den Betrag von 6 M. zu entrichten. Diese Verpflichtung ist eine Strafverpflichtung und ohne Rücksicht darauf begründet, ob der Passagier niemals ein Billet gelöst oder aber das gelöste wieder verloren oder das verlorene nach der Strafzahlung wiedergefunden [21]) hat. Meldet jedoch der Reisende gleich beim Einsteigen unaufgefordert dem Schaffner oder Zugführer, dass er wegen Verspätung kein Billet mehr habe lösen können, so hat er bloss einen um 1 M. erhöhten Fahrpreis zu zahlen. Wer in dem einen oder andern Fall die sofortige Zahlung verweigert, kann ausgesetzt werden.[22])

5. Der Reisende hat sich den Anordnungen der Verwaltung in Bezug auf Billetkontrole, Einsteigen und Aussteigen, Verhalten auf Zwischenstationen und bei aussergewöhnlichem Anhalten auf freier Bahn, Oeffnen und Schliessen der Wagenthüren, Mitnahme von Hunden, Tabakrauchen, Mitnahme gefährlicher Gegenstände und überhaupt in Bezug auf Beobachtung des Anstands und der vorgeschriebenen Ordnung zu fügen, widrigenfalls er zurückgewiesen, ausgesetzt oder bahnpolizeilich bestraft wird.[23]) Der Zurückgewiesene bezw. Ausgesetzte hat keinen Anspruch auf Ersatz des bezahlten Fahrgelds; in Bezug auf sein der Expedition bereits übergebenes Gepäck kann er nichts weiter verlangen, als dass es ihm auf der Station, wohin es expedirt worden ist, wieder verabfolgt werde.[24]) Werden jedoch bloss belästigende Personen von der Mit- oder Weiterreise ausgeschlossen, so wird ihnen das bezahlte Fahrgeld sowie die Gepäckfracht für die nicht durchfahrene Strecke zurückgegeben.[25])

6. Der Reisende ist schadenersatzpflichtig:

a. Wenn er die Wagen beschädigt durch Zertrümmern der Fenster,[26]) Beschmutzen des Innern, Zerreissen der Gardinen u. s. w. Die Entschädigungen kann die Eisenbahn durch das Dienstpersonal sofort einziehen lassen, jedoch vorbehaltlich des Rekurses an die höhere Verwaltungsinstanz bezw. Anrufung der gerichtlichen Hilfe.[27])

b. Wenn er durch Mitnehmen gefährlicher Gegenstände den Mitreisenden oder der Eisenbahn Schaden zufügt.[28])

7. Die Personentransportverbindlichkeit der Eisenbahn schliesst eine dreifache Verpflichtung ein: zur Beförderung überhaupt, zur rechtzeitigen Beförderung

---

[21]) Desshalb begründet das spätere Wiederauffinden des verlorenen Billets keinen Rückforderungsanspruch des gezahlten Strafbetrags. Eger III S. 316 und das von ihm angef. U. des A.G. Leipzig.

[22]) Regl. § 14 Abs. 3, 4.

[23]) Regl. § 14 Abs. 2, § 16 Abs. 1 S. 2, § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1, § 19, 20, 22, 23. Bahnpolizeiregl. § 62.

[24]) Regl. § 23 Abs. 1 S. 1, Abs. 2.

[25]) Regl. § 13.

[26]) Dafür besteht eine Entschädigungstaxe. Regl. § 20 u. Spezialbest. des Tarifverb. dazu.

[27]) Regl. § 20. Eger III S. 319.

[28]) Regl. § 22 Abs. 3.

und zur Wahrung der körperlichen Integrität des Reisenden während der Reise. Kommt die Eisenbahn ihren Verpflichtungen nicht nach, so hat der Verletzte sowohl das Recht der Beschwerde bei der vorgesetzten Verwaltungsbehörde, als auch im Schadensfalle einen civilrechtlichen Schadenersatzanspruch. Ueber die Voraussetzungen und den Umfang desselben entscheiden an und für sich die allgemeinen handels- bezw. civilrechtlichen Grundsätze. Das Reglement [29]) gibt jedoch nähere Bestimmungen über den Ausfall und die Verspätung der Züge und über die Unterbrechung der Fahrt. Dabei ist zu unterscheiden:

a. Liegt **Verspätung** vor und ist die Verspätung durch höhere Gewalt herbeigeführt, so ist kein Anspruch gegen die Eisenbahn begründet. Ist die Verspätung nicht durch höhere Gewalt herbeigeführt und durch die Verspätung der Anschluss an einen andern Zug versäumt worden, so ist dem mit durchgehendem Billet versehenen Reisenden, welcher nachweislich mit dem nächsten zurückführenden Zuge wieder zur Abgangsstation zurückgekehrt ist, der bezahlte Preis für die Hinreise sowie der Preis der Rückreise in der auf der Hinreise benutzten Wagenklasse zu erstatten. Jedoch ist der Reisende zur Wahrung seines desfallsigen Anspruchs verpflichtet, denselben sofort nach Ankunft des verspäteten Zugs dem Stationsvorsteher der Ankunftsstation unter Vorlegung seines Fahrbillets anzumelden. Letzterer hat über die Anmeldung, sowie der Stationsvorsteher der Abgangsstation über die Zeit der Rückkunft eine Bescheinigung zu ertheilen.[30])

b. Eine **ausgefallene** oder **unterbrochene** Fahrt berechtigt nur zur Rückforderung des für die nicht durchfahrene Strecke gezahlten Fahrgelds. Wird durch Elementarereignisse oder andere Hindernisse die Fahrt auf einer Strecke der Bahn unterbrochen, so muss die Verwaltung für die Weiterbeförderung bis zur fahrbaren Strecke mittels anderer Fahrgelegenheit nach Thunlichkeit sorgen, wobei jedoch die Reisenden die Mehrkosten dieser Weiterbeförderung zu bestreiten haben.[31])

Dagegen besteht in Bezug auf die **Beschädigung der Person** des Reisenden eine der frachtmässigen Rezeptshaftung analoge Haftung auf Grundlage des R.Ges. vom 7. Juni 1871.[32])

II. Der Personentransport erfährt eine Erweiterung durch den Transport des Handgepäcks des Reisenden. Unter **Handgepäck** versteht man diejenigen Gegenstände, welche der Reisende zu sich in den Wagen nehmen darf. Dies ist der Fall mit kleinern leicht tragbaren Gegenständen, wenn die Mitreisenden dadurch nicht belästigt werden und sofern nicht Zoll- und Steuervorschriften

[29]) Regl. § 21.

[30]) Regl. § 21 Abs. 1, 3, 4. Uebereink. Art. 5. — Entw. v. 1874 § 26.

[31]) Regl. § 21 Abs. 2, 5. Uebrigens sind Betriebsstörungen und Zugverspätungen auf den Stationen durch Anschlag an einer dem Publikum leicht zugänglichen Stelle in deutlich erkennbarer Weise sofort bekannt zu machen. Regl. § 21 Abs. 6.

[32]) Des sog. Haftpflichtgesetzes.

entgegenstehen.[33] Ausgeschlossen sind gefährliche Gegenstände.[34] Für das Handgepäck werden keine Gepäckscheine ausgegeben,[35] weil es nicht in den Gewahrsam der Eisenbahn kommt. Aus demselben Grunde haftet auch die Eisenbahn für Verlust und Beschädigung desselben nicht ex recepto, sondern nur wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen wird.[36]

---

[33] Regl. § 27 Abs. 1 S. 1. Weiter ist der Begriff des Handgepäcks bei Reisenden der IV. Klasse. Regl. § 27 Abs. 2.

[34] Regl. § 22 Abs. 3—5.

[35] Regl. § 27 Abs. 1 S. 2.

[36] Art. 425 Z. 1. Regl. § 27 Abs. 1 S. 2, § 29 Abs. 3. S. o. § 356 III 1 S. 496, 497. — Entw. v. 1874 § 27 Abs. 3.

IV. Die Posten.[1])

§ 365.

A. Das Postrecht.

I. Die Post ist nach dem Gedanken der Reichsverfassung [2]) eine für ganz Deutschland einheitlich organisirte Verkehrsanstalt. Doch haben Bayern und

---

[1]) Literatur: Zur Geschichte des Postwesens (Stephan?) in der deutschen Vierteljahrschrift XXI (1858) S. 55—114. — Stephan, Das Verkehrswesen im Alterthum in Raumers histor. Taschenbuch, Vierte Folge, 9. Jahrg. (1868) S. 1 ff. — Eugen Hartmann, Entwickelungsgeschichte der Posten, Leipzig 1868. — Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms II S. 1 ff. — Hirschfeld, Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte I S. 98—108. Berlin 1877. — Lünig, R.Arch. Pars generalis I S. 440—496, Leipzig 1713. — v. Beust, Versuch einer ausführlichen Erklärung des Postregals, 3. Th. Jena 1747, 1748. — Klüber, Das Postwesen in Deutschland, Erlangen 1811. — Matthias, Ueber Posten und Postregal, 2 B. Berlin 1832. — Stephan, Geschichte der Preussischen Post, Berlin 1859. — P. D. Fischer in Holtzendorffs Jahrb. I (1871) S. 433 ff., II (1873) S. 233 ff. — — Sax, Verkehrsmittel I S. 211 ff. — P. D. Fischer, Post und Telegraphie im Weltverkehr, Berlin 1879. — — Rösler, Verwaltungsrecht I § 432—439 S. 461—477. — Laband, Staatsrecht II S. 284—358. — — Cnyrim, de res personasve transportandi obligatione, quam cum posta contrahimus, Marburgi 1854. — Chr. F. Müller, Ueber die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten, 1. Aufl. Leipzig 1835, 2. Aufl. 1857. — Kompe, Vom Posttransportvertrage u. s. w. in der Zeitschr. für deutsches Recht 18. B. (1858) S. 301—388 (Cit.: Kompe 18). Derselbe, Zur Lehre vom Postfrachtgeschäfte (wesentlich historisch-politisch) in Goldschmidts Zeitschr. XI (1868) S. 7—71 (Cit.: Kompe XI). — v. Linde, Ueber die Haftverbindlichkeit der Postanstalt, Giessen 1859. — Th. Schellmann, Ueber die rechtliche Natur des Postbeförderungsvertrags, Marburg 1861. — Gad, Die Haftpflicht der deutschen Postanstalten. Berlin 1863. — Wolff, Die Haftpflicht der Postanstalten nach dem Norddeutschen Bundesgesetz vom 2. Nov. 1867 in Behrends Zeitschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen IV (1870) S. 130—149. — P. D. Fischer, Die deutsche Post- und Telegraphengesetzgebung 2. Aufl. Berlin 1876 (veraltet). — Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, Stuttgart 1878 § 35 S. 344—351 (gleichlautend im Arch. f. civ. Praxis 60. B. S. 197—203). — Dambach, Das Gesetz über das Postwesen des deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, 4. Aufl. Berlin 1881. — Meili, Die Haftpflicht der Postanstalten. Vergleichende Studien über die Gesetzgebung der Schweiz und der Nachbarstaaten, Leipzig 1877. — — Hepp, De la correspondance privée, postale ou télégraphique, dans ses rapports avec le droit civil, le droit commercial, le droit administratif et le droit pénal in seinem Acte public pour le doctorat p. 1—143. Strassbourg 1864 (Rec. von Glasson in der Revue historique de droit français XI (1865) p. 304—310).

[2]) Art. 48.

Württemberg ihre eigenen Postverwaltungen, so dass auf dem Gebiete des Deutschen Reichs drei Posten bestehen:

1. Die **Reichspost.**[3])

2. Die **Bayerische Post.**

3. Die **Württembergische Post.**

Allein entsprechend dem Prinzipe einheitlicher Organisation und Verwaltung hat das Reich auf seinem gesammten Gebiete:

1. Die **Beaufsichtigung des Postwesens.**[4])

2. Die **Gesetzgebung über die Vorrechte der Post, über ihre rechtlichen Verhältnisse zum Publikum, über die Portofreiheiten und das Posttaxwesen,** jedoch ausschliesslich der reglementarischen und Tarifbestimmungen für den internen Verkehr innerhalb Bayerns und Württembergs.[5])

3. **Die Regelung des Postverkehrs mit dem Auslande,** ausgenommen den eigenen unmittelbaren Verkehr Bayerns und Württembergs mit seinen dem Reiche nicht angehörenden Nachbarstaaten.[6])

II. Nach Massgabe dieser Verfassungsbestimmungen sind Quellen des deutschen Postrechts:

1. **Das Reichsgesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. November 1871.**[7])

2. **Das Reichsgesetz über das Posttaxwesen im Gebiete des Deutschen**

---

[3]) Die Verwaltung des Reichs-Post- und Telegraphenwesens ist seit der kaiserl. Verordnung v. 22. Dezbr. 1875 (R.G.Bl. S. 379) vom Ressort des Reichskanzleramts getrennt. An der Spitze der Reichspost steht seit der kaiserl. Verordnung v. 23. Febr. 1880 (R.G.Bl. S. 25) als Centralstelle das Reichspostamt unter Leitung eines Staatssekretärs. Unter ihm stehen für die einzelnen Postbezirke die Oberpostdirektionen und unter diesen die Postanstalten des betreffenden Bezirks, theils für den lokalen, theils für den Eisenbahnpostdienst. Die lokalen Postanstalten haben der Regel nach auch den Telegraphenbetrieb des Orts wahrzunehmen, und zerfallen je nach der Bedeutung und dem Umfang ihres Wirkungskreises in Postämter I., II. und III. Klasse. Zur Besorgung des Post- bzw. Telegraphendienstes an kleineren Orten bestehen als Zweiganstalten benachbarter Postämter die Postagenturen. Dagegen sind die Posthilfestellen lediglich Ergänzungen des Landbriefträgerdienstes. Die zur Wahrnehmung des Postbetriebs auf den Eisenbahnen bestehenden Postanstalten heissen Bahnpostämter. Jedem Bahnpostamt sind bestimmte Eisenbahnstrecken zugewiesen. Für einzelne Eisenbahnstrecken ist der Postbetrieb besonderen Ortspostämtern zugewiesen. Vgl. v. Kirchenheim s. v. Postverwaltung in Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 109—114.

[4]) R.V. Art. 4 Z. 10.

[5]) R.V. Art. 4 Z. 10, Art. 52 Abs. 2. Postges. § 50 Abs. 5. Posttaxges. § 13. — Auch erstreckt sich die eigentliche Gesetzgebung des Reichs nicht auf diejenigen Gegenstände, deren Regelung nach den in der Norddeutschen Postverwaltung massgebend gewesenen Grundsätzen der reglementarischen Festsetzung oder administrativen Anordnung überlassen war. R.V. Art. 48 Abs. 2. Daraus erklärt sich Postges. § 50.

[6]) Für dessen Regelung ist der Art. 49 des zwischen dem Norddeutschen Bunde, Bayern, Württemberg und Baden geschlossenen Vertrags vom 23. November 1867 (R.G.Bl. 1868 S. 41 ff.) massgebend. R.V. Art. 52 Abs. 3.

[7]) Citirt: P.G. — R.G.Bl. 1871 S. 347 ff. — In Elsass-Lothringen eingeführt durch Ges. vom 4. November 1871; Gesetzbl. für Elsass-Lothringen 1871 Nr. 21.

Reichs vom 28. November 1871,[8]) nebst den beiden Nachtragsgesetzen vom 17. Mai 1873[9]) und vom 3. November 1874.[10])

3. **Das Bundesgesetz betr. die Portofreiheiten im Gebiete des Norddeutschen Bundes vom 5. Juni 1869,** welches jetzt in ganz Deutschland als Reichsgesetz gilt, soweit der Wechselverkehr der drei Postverwaltungen unter einander in Betracht kommt.[11])

4. **Die Postordnung vom 8. März 1879**[12]) mit ihren späteren Modifikationen vom 24. August 1879[13]) und 12. März 1883.[14]) Dieselbe gilt jedoch in Beziehung auf Bayern und Württemberg nicht für den internen Postverkehr dieser Staaten, sondern nur für den Wechselverkehr derselben unter sich und mit der Reichspost.[15]) Nach Postgesetz § 50 Abs. 2 sollen die Vorschriften der Postordnung als Bestandtheil des Vertrags zwischen der Postanstalt und dem Absender bezw. Reisenden gelten. Diese Bestimmung ist theils überflüssig, theils unmöglich und sich selbst widersprechend. Sie ist überflüssig, weil die Anordnungen ordnungsmässig publizirter Reglements, soweit dieselben Vertragsnormen sein sollen und sein können, schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen[16]) als solche behandelt werden. Sie ist unmöglich, insofern die Post gar nicht auf Grund eines

---

8) Citirt: P.T.G. — R.G.Bl. 1871 S. 358 ff. — In Elsass-Lothringen mit dem P.G. eingeführt.

9) R.G.Bl. 1873 S. 107 f. – Eingeführt in Elsass-Lothringen durch R.G. v. 8. Febr. 1875; R.G.Bl. 1875 S. 69.

10) R.G.Bl. 1874 S. 127.

11) B.G.Bl. 1869 S. 141 ff. — Dieses Gesetz wurde auf Grund des Friedensvertrags von 1866 zunächst in Süd-Hessen publizirt, sodann in Folge der mit Baden und Hessen vereinbarten Bundesverfassung von 1870 Art. 80 II Z. 4 vom 1. Januar 1872 ab in Baden eingeführt, darauf durch R.Ges. vom 16. April 1871 § 2 (R.G.Bl. 1871 S. 63 f.) zum Reichsgesetz zunächst mit Ausschluss von Bayern und Württemberg erhoben, alsdann durch Ges. vom 1. März 1872 auch in Elsass-Lothringen eingeführt, ferner durch R.Ges. vom 29. Mai 1872 (R.G.Bl. 1872 S. 167) auf den Wechselverkehr von Bayern und Württemberg unter einander und mit den übrigen Theilen des deutschen Reichs ausgedehnt und schliesslich durch R.Ges. vom 20. Dezember 1875 (R.G.Bl. 1875 S. 323) auch in Süd-Hessen förmlich eingeführt.

12) Citirt: P.O. — Centralbl. 1879 S. 185 ff.

13) Centralbl. 1879 S. 538, 539.

14) Centralbl. 1883 S. 71–79.

15) R.V. Art. 52. P.G. § 50 Abs. 4. — In Bayern und Württemberg sind auf Grund der Reichspostgesetze und nach Massgabe der Reichspostordnung besondere Postordnungen erlassen worden: in Bayern die Posttransportordnung für das Königreich Bayern vom 1. Januar 1876 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern 1876 S. 50 ff.), modifizirt durch die Bekanntmachungen des Staatsministeriums des Königl. Hauses und des Aeussern vom 7. April 1879 (Gesetz- und Verordnungsblatt 1879 S. 567–569), vom 30. September 1879 (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 1375–1378) und vom 1. April 1883 (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 281–300); in Württemberg die Inländische Postordnung vom 14. März 1881 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1881 S. 21 ff.), modifizirt durch Verfügung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 3. April 1883 (Regierungsbl. S. 16–29).

16) S. o. S. 468, 470, 475, 476.

Vertrags befördert[17]), und insofern eine Reihe von Vorschriften der Postordnung nicht als Vertragsnormen angesehen werden können, theils weil sie vor Abschluss des vermeintlichen Vertrags zur Anwendung kommen, wie die Bedingungen für die Annahme der zu befördernden Gegenstände, die Bestimmungen über das Maximalgewicht der Briefe und Packete, die Bezeichnung der für die Beförderung durch die Post unzulässigen Gegenstände und die Bedingungen für die Beförderung der Reisenden, theils weil sie polizeilicher Natur sind, wie die Vorschriften zur Aufrechterhaltung der Ordnung, der Sicherheit und des Anstandes in den Post- und Passagierlokalen.[18]) Sie ist in sich widersprechend, insofern sie negativ bestimmen will, dass die Vorschriften der Postordnung nicht **Rechtsnormen** sein sollen. Denn die Postordnung enthält Regeln, welche ihrem Inhalte nach geeignet sind, Rechtsregeln zu sein; diese Regeln sind von einem staatlichen Organ innerhalb seiner verfassungsmässigen Kompetenz aufgestellt, und diese Regeln sollen im Postverkehr zur Anwendung kommen kraft der gesetzlichen Bestimmung des Postgesetzes § 50 Abs. 1, 2, also kraft des Willens des Gesetzgebers. Eine jede Regel aber, die kraft des Willens des Gesetzgebers gelten soll, ist eine Rechtsnorm und nicht lediglich eine Vertragsnorm, um so mehr, wenn sie mit andern Regeln in Zusammenhang gebracht ist, welche ihrem Inhalte nach gar nicht Vertragsnormen sein können. Demgemäss ist die Postordnung eine gesetzvertretende Verordnung.[19])

Bedeutungslos für das Publikum sind die **Dienstinstruktionen.**[20]) Denn dem Publikum gegenüber kommt es nur darauf an, dass der Beamte innerhalb seiner ihm durch Gesetz und Postordnung vorgezeichneten Stellung handelt.[21]) Nur als Dienstinstruktion kann **das Uebereinkommen zwischen der Kaiserlich Deutschen Reichspostverwaltung, der Königlich Bayerischen Postverwaltung und der Königlich Württembergischen Postverwaltung vom 9. November 1872** betrachtet werden, da es nicht publizirt ist.[22]) Dasselbe erstreckt sich auf die Brief- und Fahrpostsendungen, welche dem Wechselverkehr dieser drei Postverwaltungen oder dem Durchgangsverkehr angehören, vorausgesetzt dass im letztern Falle die Sendungen mindestens zwei Gebiete des Wechselverkehrs berühren.[23])

5. **Die verschiedenen Postverträge zwischen dem Deutschen Reich und auswärtigen Staaten.** Von überwiegender Bedeutung sind:

a. **Der Postvertrag zwischen Deutschland und der Oestereichisch-Unga-**

---

[17]) S. u. § 366 IV.

[18]) P.G. § 50 Abs. 3 Z. 1, 2, 5, 8, 10.

[19]) A. M. Laband S. 330 (aber wie reimt sich damit S. 346 Not. 5?!); Mandry S. 347 insbes. Not. 4; Dambach, P.G. § 50 Anm. 3 S. 163. Vgl. auch Linde S. 86, 87.

[20]) Dieselben sind unter dem Titel: „Allgemeine Dienstanweisungen für Post und Telegraphie“ in 4 B. Quart in Berlin 1876 ff. erschienen; citirt: Allgem. Dienstanweisungen.

[21]) Vgl. oben S. 469. A. M. Kompe 18 S. 320, 321.

[22]) Abgedruckt im Handbuch für den Wechselverkehr zwischen dem deutschen Reichs-Postgebiete und den Postgebieten von Bayern, Württemberg, Oesterreich-Ungarn und Luxemburg, Berlin 1872 S. 1 ff.

[23]) Uebereink. § 1.

rischen Monarchie vom 7. Mai 1872.[24]) Derselbe erstreckt sich auf die Brief- und Fahrpostsendungen, welche dem Wechselverkehr beider Reiche oder dem Durchgangsverkehr angehören, insofern bei diesem Durchgangsverkehr die Gebiete beider Reiche berührt werden.[25])

b. Der **Weltpostvereins-Vertrag von Paris vom 1. Juni 1878.**[26]) Die Bestimmungen dieses Vertrages erstrecken sich auf die Beförderung von Briefen, Postkarten, Drucksachen jeder Art, Geschäftspapieren und Waarenproben zwischen Vereinsländern, sowie zwischen Vereinsländern und Nichtvereinsländern, falls der Postverkehr mindestens zwei Vereinsländer berührt und soweit derselbe innerhalb des Vereinsgebietes sich bewegt.[27]) Ein weiterer **Vertrag von Paris vom 3. November 1880**[28]) bezieht sich auf die Beförderung von Postpacketen ohne Werthangabe zwischen Vereinsländern. Beide Verträge berühren in keiner Weise die innere Postgesetzgebung der einzelnen Vereinsländer in allen nicht durch die Verträge selbst geregelten Beziehungen. Auch beschränken sie nicht

---

[24]) R.G.Bl. 1873 S. 1 ff. Dazu das „Fahrpost-Uebereinkommen" vom 3. April 1878 (Handbuch für den Wechselverkehr S. 269—273).

[25]) Art. 1. — Zum Wechselverkehr gehört übrigens auch der Postverkehr Deutschlands und Oesterreich-Ungarns mit Luxemburg, mit welchem Deutschland einen Postvertrag unter dem 19. Juni 1872 (R.G.Bl. 1872 S. 338 ff.) abgeschlossen hat, der sich jedoch nur auf Briefpostsendungen (Briefe mit und ohne Werthangabe, Postkarten, Drucksachen, Waarenproben, Postanweisungen und Zeitungen) erstreckt; Postvertrag zwischen Deutschland und Luxemburg. Art. 1, 7. — Zu beiden Postverträgen gehört das „Reglement für den Postverkehr zwischen Deutschland, Oesterreich-Ungarn und Luxemburg" (Handbuch für den Wechselverkehr S. 57—78) und die „Instruktion über den Postbetrieb zwischen dem Deutschen Reichspostgebiete, Bayern, Württemberg, Oesterreich-Ungarn und Luxemburg" (Handbuch für den Wechselverkehr S. 79—170), nebst Nachtrag zum Reglement und zur Instruktion (Handbuch für den Wechselverkehr S. 275—277) und "Vorschriften über die Behandlung der Postnachnahmen im Wechselverkehr zwischen dem Reichspostgebiet, Bayern und Württemberg einerseits und Oesterreich-Ungarn andererseits" (Handbuch für den Wechselverkehr S. 283—289). Diese sämmtlichen Vereinbarungen kommen civilrechtlich nur als Dienstinstruktionen in Betracht, da sie nicht publizirt sind. — Früher bestand zwischen diesen Ländern der Deutsch-Oesterreichische Postverein, welcher durch den Berliner Vertrag vom 6. April 1850 gegründet wurde. Vgl. über seine Geschichte und Organisation Stephan, Geschichte der Preuss. Post S. 533 ff.

[26]) R.G.Bl. 1879 S. 83 ff. — Gegründet wurde der Weltpostverein, oder wie er im Pariser Vertrag Art. 1 offiziell heisst: „Union postale universelle" (im Berner Vertrag Art. 1: „Union générale des postes"), durch den Berner Vertrag vom 9. Oktober 1874 (R.G.Bl. 1875 S. 223 ff.). Derselbe besitzt in Bern unter der schweizerischen Postverwaltung eine Centralstelle unter dem Namen: „Bureau international de l'Union postale universelle" (Pariser Vertrag Art. 16). Sein Organ ist die in Bern in deutscher, französischer und englischer Sprache erscheinende „L'Union postale". Mindestens alle 5 Jahre soll ein Kongress der Vereinsstaaten abgehalten werden. Vgl. über seine Geschichte P. D. Fischer in Holtzendorffs Jahrb. IV (1876) S. 465 ff. v. Kirchenheim, Ebend. N. F. II (1878) S. 745 ff. P. D. Fischer, Post und Telegraphie S. 93 ff.

[27]) Pariser Vertrag v. 1878 Art. 2.

[28]) R.G.Bl. 1881 S. 69 ff.

die Befugniss der kontrahirenden Länder, bisherige besondere Verträge unter sich bestehen zu lassen und neue zu schliessen, sowie bisherige engere Vereine zur weiteren Erleichterung des Verkehrs aufrecht zu erhalten oder neu zu gründen.[29])

6. Subsidiär kommen die **Bestimmungen des 1. Abschn. des 5. Tit. des IV. Buches bezw. die Bestimmungen des V. Buchs des H.G.B.,**[30]) und zu allerletzt die **Handelsgebräuche** und **das allgemeine bürgerliche Recht** zur Anwendung.[31])

§ 366.

B. Der Geschäftskreis und die rechtliche Stellung der Post im Allgemeinen.

I. Der **Geschäftskreis** der Deutschen Post ist ein sehr umfassender. Der Umfang desselben ist so ziemlich der Bestimmung der Postverwaltung überlassen.[1]) Die Deutsche Post betreibt:

1. Die Beförderung von **Sachen** und zwar sowohl von **Nachrichten** als von **Gütern**. Die Beförderung der Nachrichten, d. h. der Briefe Postkarten und Zeitungen, liegt ausschliesslich der **Briefpost** ob, während die Beförderung der Güter nach Massgabe der bei ihnen stattfindenden Expeditionsweise unter die Brief- und **Fahrpost** vertheilt ist, indem erstere die Drucksachen und Waarenproben, letztere die Packete (mit oder ohne Werthangabe, eingeschrieben oder nicht eingeschrieben) befördert.[2]) Modifikationen der Sachenbeförderung sind die **Postnachnahme**, der **Postauftrag zu Bücherpostsendungen**, der **Zeitschriften- und Zeitungsdebit** und die **Zustellung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Schreiben gegen Behändigungsschein.** Die gesammte Sachenbeförderung fällt unter die Kategorie des Frachtgeschäfts.

2. Die Beförderung von **Personen** durch die **Personenpost**, eine Art des Personentransports.

---

[29]) Pariser Vertrag v. 1878 Art. 15; Par. Vertr. v. 1880 Art. 12, 13. — Vgl. das Pariser Uebereinkommen betr. den Austausch von Briefen mit Werthangabe v. 1. Juni 1878 (R.G.Bl. 1879 S. 102 ff.) und das Pariser Uebereinkommen betr. den Austausch von Postanweisungen v. 4. Juni 1878 (R.G.Bl. 1879 S. 112 ff.).

[30]) H.G.B. Art. 421 Abs. 2, Art. 449.

[31]) H.G.B. Art. 1. Vgl. Thöl III S. 10.

[1]) Nur der Zeitungsdebit ist ihr ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben in P.G. § 3 S. 3, und die Brief- und Zeitungsbeförderung ergibt sich als selbstverständliche Folge des nach dieser Richtung hin statuirten Monopols. Vgl. Laband S. 299, 300.

[2]) Vgl. Goldschmidt I S. 626 Not. 38a. Uebrigens ist der Begriff der Briefpost- und Fahrpostsendungen im ausländischen Postverkehr ein sehr variabler. So gehören z. B. nach Art. 8 des Postvertrags mit Oesterreich-Ungarn zur Briefpost: Briefe ohne Werthangabe, Postkarten, Drucksachen, Waarenproben, Postanweisungen und Zeitungen; zur Fahrpost: Packete mit und ohne Werthangabe, Briefe mit Werthangabe und Briefe mit Postvorschüssen, während nach Art. 7 des Vertrags mit Luxemburg der Briefpost zugerechnet werden: Briefe ohne und mit Werthangabe, Postkarten, Drucksachen, Waarenproben, Postanweisungen und Zeitungen. Noch anders ist die Unterscheidung bei der schweizerischen Post; Meili S. 28, 29.

3. Eine Reihe von Vermittlungsgeschäften des **Geld-** und **Wechselverkehrs.** Hierher gehören:

a. die **Postanweisung;**

b. der **Postauftrag zur Einziehung von Geldbeträgen:**

c. der **Postauftrag zur Einholung von Wechselaccepten.**

Die Besorgung dieser Geschäfte gehört zum Ressort der Briefpost.[2a] Alle diese Geschäfte sind Arbeitsgeschäfte und nach Analogie der locatio conductio operis zu beurtheilen.

4. In keinem inneren Zusammenhang mit dem Wesen der Post steht der **Verkauf von Wechselstempelmarken und gestempelten Wechselblankets, sowie von Reichsstempelmarken und gestempelten Anmeldescheinen zur Erhebung der statistischen Gebühr.**[3])

Dagegen kennt die Deutsche Post das **Sparkassengeschäft**[4]) einstweilen noch nicht; ebensowenig das von der Englischen Post betriebene **Lebensversicherungsgeschäft.**

II. In Bezug auf Briefe[5]) und politische Zeitungen[6]) besteht der **Postzwang, das Postmonopol,** d. h. deren **entgeltliche**[7]) Beförderung kann im Deutschen Reiche nur durch die Post und nicht durch Privatunternehmer geschehen, soweit überhaupt eine Postbeförderung möglich ist, d. h. soweit eine Postroute besteht. Einerlei ist es, wann und wie oft die Beförderung auf der Postroute stattfindet. Doch gilt als Postbeförderung nur die Beförderung **von Postanstalt zu Postanstalt.** Desshalb ist die Beförderung postzwangspflichtiger Gegenstände **von** Orten ohne Postanstalt oder **nach** Orten ohne Postanstalt oder **innerhalb des Bestellbezirks** einer Postanstalt Jedermann gestattet. Einerlei ist es auch, ob Briefe und politische Zeitungen inländischen oder ausländischen Ursprungs sind, ob ihr Bestimmungsort im In- oder Auslande liegt oder ob sie bloss durch Deutschland transitiren; es genügt, dass ihre Beförderung bezw. Weiterbeförderung **von** einem

[2a]) Eine Geldpost oder Bankpost existirt in Deutschland nicht.

[3]) Bekanntmachung v. 13. Dezbr. 1869 (R.G.Bl. S. 695, 696) und Bekanntmachung v. 13. Juni 1879 (R.G.Bl. S. 153, 154) u. v. 24. März 1880 (R.G.Bl. S. 94). R.Ges. v. 20. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 261 ff.) § 13. R.Ges. v. 1. Juli 1881 (R.G.Bl. S. 185 ff.) § 21. Allgem. Dienstanweisungen Abschn. VIII Anl. 5.

[4]) Vgl. darüber Fischer, Post und Telegraphie S. 142 ff.; Elster, Die Postsparkassen, Jena 1881; Morel, Die Postsparkassen, Bern 1882.

[5]) Ueber die Bedeutung dieses Wortes entscheidet der Sprachgebrauch bzw. die betreffende Postordnung. Rösler S. 465 Not. 2. Laband S. 309 Not. 1. Dambach, P.G. § 1 Anm. 10 S. 7, 8.

[6]) Politische Zeitungen sind solche, die regelmässig politische Nachrichten bringen oder behandeln. Rösler S. 465, 466 Not. 3. Dambach, P.G. § 1 Anm. 15 S. 9. Nicht postzwangspflichtig sind politische Zeitschriften, d. h. periodische Druckschriften politischen Inhalts, die in Heften herausgegeben werden. Dambach, P.G. § 1 Anm. 16 S. 10.

[7]) Die unentgeltliche Beförderung steht Jedem frei. Dagegen widerstreitet nicht bloss die gewerbemässige, sondern auch die nichtgewerbemässige entgeltliche Beförderung dem Postzwang. Auch ist es gleichgiltig, worin der Entgelt besteht, ob in Bezahlung oder in einem sonstigen Aequivalente. Laband S. 309, 310. Dambach, P.G. § 1 Anm. 19—22, 28 S. 11, 12, 14.

inländischen Ort mit Postanstalt **nach** einem inländischen Ort mit Postanstalt geschehen soll.[8]) Nichtpostzwangspflichtig sind:

1. Unverschlossene Briefe. Werden dieselben jedoch in verschlossenen Packeten befördert, so sind sie verschlossenen Briefen gleichzuachten, sofern sie nicht etwa den Inhalt des verschlossenen Packets betreffen, wie insbesondere die bezüglichen Fakturen, Preiskourante, Rechnungen und ähnliche Schriftstücke.[9])

2. Briefe und Zeitungen, welche durch Expressen, d. h. durch eigene zu diesem Zwecke speziell abgesandte Boten befördert werden. Doch darf ein solcher Expresser nur von Einem Absender abgeschickt sein und dem Postzwange unterliegende Gegenstände weder von Andern mitnehmen noch für Andere zurückbringen.[10])

3. Politische Zeitungen, welche nur einmal in der Woche oder noch weniger erscheinen.[11])

4. Politische Zeitungen schlechtweg innerhalb des zweimeiligen Umkreises ihres Ursprungsortes, d. h. des Ortes ihrer Herausgabe und ihres Erscheinens.[12])

Im Kontraventionsfalle werden sowohl der Absender als auch der Beförderer, falls der letztere nicht etwa mit dem verbotswidrigen Inhalte eines verschlossenen Packets unbekannt ist, mit einer öffentlichen Strafe[13]) wegen Portodefraudation belegt und für das defraudirte Porto solidarisch verantwortlich gemacht.[14]) Ausserdem sind die Postbehörden und Postbeamten befugt, die ungesetzlich beförderten Briefe oder sonstigen Sachen in Beschlag zu nehmen und so lange ganz oder theilweise zurückzubehalten, bis die defraudirten Postgefälle Geldstrafen und Kosten entweder gezahlt oder durch Kaution sicher gestellt sind.[15])

Der Postzwang cessirt, wenn in Fällen des Kriegs und gemeiner Gefahr die Postverwaltung jede Vertretung für die ihr zu übergebenden Poststücke abgelehnt hat und nur auf Gefahr des Absenders transportirt.[16])

---

[8]) P.G. § 1 Abs. 1. Dambach, P.G. § 1 Anm. 25—28 S. 13, 14. — Unter Postanstalt ist jede Posteinrichtung zu verstehen, welche mindestens Briefe sammelt und vertheilt. Blosse Briefkasten und Briefsammlungen fallen nicht hierunter. Mot. zum Postges. v. 2. Novbr. 1867 S. 22.

[9]) P.G. § 1 Abs. 3. — Die Art des Verschlusses ist gleichgiltig. Kreuzbandsendungen gehören nicht zu den verschlossenen Briefen. Auch ist es statthaft, Briefe und Zeitungen zu sammeln und in einem Packete der Post zur Beförderung zu übergeben. Laband S. 310, 311. Dambach, P.G. § 1 Anm. 11—14 S. 8, 9; Anm. 23, 24 S. 12, 13.

[10]) Auch nicht unentgeltlich. P.G. § 2. Dambach, P.G. § 2 S. 14—17. Laband S. 310 insb. Not. 1.

[11]) P.G. § 1 Abs. 1 Z. 2.

[12]) P.G. § 1 Abs. 1 S. 2. Dambach, P.G. § 1 Anm. 17, 18, S. 10, 11.

[13]) Dieselbe beträgt das Vierfache des defraudirten Portos, jedoch niemals unter 3 M. Im ersten Rückfalle wird die Strafe verdoppelt und bei ferneren Rückfällen auf das Vierfache erhöht. Kann die Geldstrafe nicht beigetrieben werden, so tritt Haft bis zu 6 Wochen an ihre Stelle. P.G. § 27 Abs. 1 Z. 1, § 28, 31, 33. Dambach, P.G. § 27 S. 97—108, § 28 S. 119—121, § 31 S. 125—128, § 33 S. 129, 130.

[14]) P.G. § 30. Dambach, P.G. § 30 S. 124, 125.

[15]) P.G. § 32. Dambach, P.G. § 32 S. 128, 129. — Ueber das Strafverfahren bei Post- u. Portodefraudationen: P.G. § 34—46 und dazu Dambach S. 130—152. Laband S. 347—351.

[16]) P.G. § 15. Dambach, P.G. § 15 S. 74, 75.

III. Da die Post nur eine im allgemeinen öffentlichen Interesse eingerichtete Verkehrsanstalt ist, so darf von ihr die Annahme und Beförderung von Postsendungen, gleichgültig ob dieselben postzwangspflichtig oder nicht postzwangspflichtig sind, nicht verweigert werden, sofern die Voraussetzungen des Postgesetzes und der Postordnung beobachtet sind.[17]) Unter Annahme und Beförderung von Postsendungen ist hier im weitesten Sinne die Eingehung eines jeden Postgeschäftes, welches das Postgesetz oder die Postordnung zulässt, zu verstehen, so dass auch die Personenbeförderung darunter fällt.[18]) Auch darf keine im Gebiet des Deutschen Reichs erscheinende politische Zeitung vom Postdebit ausgeschlossen, und ebensowenig darf bei der Normirung der Provision für die Beförderung und Debitirung der deutschen Zeitungen weder zum Vortheil noch zum Nachtheil der einzelnen Zeitung nach verschiedenen Grundsätzen verfahren werden.[19]) Dagegen darf die Post allerdings in Fällen des Kriegs und gemeiner Gefahr durch öffentliche Bekanntmachung jede **Vertretung** ablehnen, aber nicht die Beförderung selbst, da dieselbe nunmehr auf Gefahr des Absenders geht.[20]) Nur insofern können die Deutschen Postanstalten die **Annahme und Beförderung** von Postsendungen ablehnen, als nach Massgabe der vorhandenen Postverbindungen (Watten, Hallige) und Postbeförderungsmittel (zur Weihnachtszeit) die Zuführung derselben an den Bestimmungsort nicht möglich ist.[21])

Ungerechtfertigte Zurückweisung von Sendungen oder von Reisenden seitens der Post begründet einen civilen Anspruch gegen dieselbe auf das volle Interesse.[22])

IV. Die Post betreibt ihre Geschäfte in privatwirthschaftlicher Form. Desshalb sind dieselben Privatrechtsgeschäfte.[23]) Aber sie fallen keineswegs unter den Begriff des konstitutiven obligatorischen **Vertrags**, weder des Man-

---

[17]) P.G. § 3 S. 1.

[18]) Vgl. Dambach, P.G. § 3 Anm. 1—3 S. 18, 19. Rösler S. 466 Not. 5. Laband S. 300, 301.

[19]) P.G. § 3 S. 2. — Ausländische Zeitungen haben keinen Anspruch auf den Postdebit; ebensowenig inländische Zeitungen, deren weiteres Erscheinen verboten ist, wie z. B. auf Grund des R.Ges. v. 21. Oktober 1878 § 11, während das blosse Verbot der Verbreitung einer Zeitung auf den Postdebit einflusslos ist und nur die Bedeutung hat, dass die bei der Post eingehenden Nummern den Abonnenten einstweilen nicht ausgeliefert werden dürfen. Vgl. Laband S. 302 Anm. 1. Dambach, P.G. § 3 Anm. 5—9 S. 20—22.

[20]) P.G. § 15. — Dagegen nach dem Pariser Uebereinkommen vom 1. Juni 1878 Art. 10 und v. 4. Juni 1878 Art. 7 kann jede Postverwaltung den Austausch von internationalen Werthbriefen und Postanweisungen vorübergehend ganz oder theilweise einstellen, falls aussergewöhnliche Verhältnisse eine derartige Massnahme rechtfertigen.

[21]) P.O. § 10 IV.

[22]) Die rechtspolitischen Gründe, welche die Beschränkung der Haftbarkeit der Post für die wirklich ausgeführte Beförderung rechtfertigen, treffen hier nicht zu. Vgl. auch Laband S. 301 Not. 2.

[23]) A. M. Linde S. 70, 71. Zorn II S. 27 ff. spricht von der Begründung einer Obligation des öffentlichen Rechts, sagt aber S. 36, die Post kontrahire mit dem Absender. Vgl. auch Goldschmidt I S. 625—627 insb. Text zu Not. 42 a.

dats,[24]) noch der locatio conductio operarum,[25]) noch der locatio conductio operis,[26]) noch des Frachtvertrags,[27]) noch eines besonderen Postbeförderungs- oder Posttransportvertrags.[28]) Sie sind einfach Erfüllung einer **gesetzlichen Obligation.** Wenn die Post eine aufgegebene Sendung entgegennimmt, so verspricht sie weder ausdrücklich noch stillschweigend, deren Beförderung vornehmen zu wollen, sondern sie beginnt mit der Erfüllung ihrer bereits vorher bestehenden gesetzlichen Verpflichtung. Und wenn der Absender eine Sendung der Post aufgibt, so macht er derselben keine Offerte, einen Beförderungsvertrag mit ihr eingehen zu wollen, sondern er **fordert sie auf,** ihrer gesetzlichen Beförderungspflicht Genüge zu thun. Wenn es richtig ist, dass der Zweck des konstitutiven obligatorischen Vertrags auf Schaffung und Gestaltung eines individuellen Schuldverhältnisses gerichtet ist, so ist für einen solchen Vertrag hier nirgends Raum. Es ist keine Pflicht der Post zu vereinbaren; denn diese besteht kraft Gesetzes. Es ist keine Pflicht des Absenders zu begründen; denn dieselbe ist theils zur gesetzlichen Voraussetzung theils zur gesetzlichen Folge der Postbeförderung umgebildet. Auch die Rechte der Post sind stereotyp und sowohl von ihrem als auch des Absenders Willen unabhängig. Ausserdem hat die Postbeförderung alles Individuelle abgestreift. Die Post befördert ohne Ansehen der Person für Jedermann aus dem Publikum, welcher die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt hat. Die Postmaschine arbeitet ohne Rücksicht darauf, wie viele und welche Personen ihre Dienste in Anspruch nehmen. Der Einzelne wird nicht nach seiner individuellen Eigenartigkeit, sondern bloss darnach bemessen, ob er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt hat. Ebenso kommen die Beförderungsobjekte nur nach ihrer Gattungsmässigkeit in Betracht; was den postmässigen Voraussetzungen entspricht, wird befördert. Mit einem Worte: der Postbeförderung gehen alle charakteristischen Eigenthümlichkeiten des Vertragsverhältnisses ab. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass in Veranlassung der Postbeförderung vertragsmässige Verabredungen zwischen Post und Privaten über Nebenpunkte stattfinden können, z. B. über das Abholen von Postsendungen, über Kreditirung der Gebühren, über Errichtung von Postfächern u. dgl.[29])

---

[24]) So Höpfner im Arch. f. civ. Prax. B. 36 S. 121. Karstens Ebend. B. 37 S. 208–211.

[25]) So W. Sell im Arch. f. civ. Prax. B. 21 S. 142 ff. Höpfner a. a. O.

[26]) So Cnyrim § 4 p. 18–20. Kompe 18 S. 314–316, 319; XI S. 34–41. Schellmann S. 13 ff., S. 22. Meili S. 30 ff. Seuffert, Blätter f. Rechtsanwendung XI S. 17 ff., XIX S. 57 ff.; Strippelmann, Sammlung von O.A.G.Entsch. VI. S. 91.

[27]) So Hepp p. 42, 43.

[28]) So Kompe 18 S. 312; XI S. 41–55. Laband S. 327 ff. Meili S. 31. Mandry S. 344–346. Dambach, P.G. § 1 Anm. 4 S. 4. Die Ansicht Kompes XI S. 40, dass die privatwirthschaftliche Natur des Postbetriebs die obligatio ex lege ausschliesse und die Begründung des Rechtsverhältnisses durch Vertrag nothwendig mache, ist petitio principii. Vielmehr verlangt die privatwirthschaftliche Natur des Postbetriebs lediglich die Kategorie des Privatrechtsverhältnisses, wobei die Begründungsweise desselben ganz gleichgiltig ist.

[29]) Vgl. P.G. § 6. P.O. § 36 I, § 44 VII, VIII.

Die sämmtlichen Geschäfte der Post sind subjektive Grundhandelsgeschäfte nach H.G.B. Art. 272 Abs. 1 Z. 2—4, und da die Post dieselben gewerbemässig betreibt, so wird sie handelsrechtlich als **Kaufmann** behandelt.[30])

V. Mit dem Postzwange bei Beförderung von Briefen und Zeitungen und mit dem faktischen Monopole der Post innerhalb ihres anderweitigen Geschäftskreises im Zusammenhang[31]) steht die Verpflichtung der Post zur Bewahrung des **Briefgeheimnisses.** Der **Begriff** des Briefgeheimnisses umfasst mehr als das Wort und mehr als das Amtsgeheimniss. Dasselbe erstreckt sich auf alle Thatsachen, welche der Postbeamte durch eine stattgehabte Korrespondenz amtlich in Erfahrung gebracht hat. Es bezieht sich nicht bloss auf Briefe, sondern auch auf andere Korrespondenzen; nicht bloss auf verschlossene, sondern auch auf unverschlossene Postsendungen; nicht bloss auf den Inhalt, sondern auch auf die Thatsache der Korrespondenz nach allen ihren persönlichen, sachlichen (quantitativen und qualitativen), räumlichen und zeitlichen Beziehungen; nicht bloss auf die unbefugte Kenntnissnahme, sondern auch auf die Mittheilung derselben an andere unberufene Personen, gleichgiltig ob dieselben Privatpersonen oder öffentliche Beamte sind. Ausnahmen von der Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses sind nur im Interesse der Rechtspflege zulässig.[32]) Die rechtswidrige Verletzung des Briefgeheimnisses zieht jedenfalls Disziplinarstrafe, unter Umständen auch öffentliche Strafe,[33]) und falls Jemand dadurch einen vermögensrechtlichen Schaden erlitten hat, eine civile Ersatzverbindlichkeit des Verletzers nach sich.[34])

C. Das Postfrachtgeschäft.

§ 367.

1. Das einfache Postfrachtgeschäft.

I. Die Post betreibt Frachtgeschäfte sowohl als Brief-, wie als Fahr-, wie als Personenpost. Als Briefpost durch Beförderung von Briefen, Postkarten, Drucksachen und Waarenproben, als Fahrpost durch Beförderung von Packeten und als Personenpost durch Beförderung von Reisegepäck. Von letzterem wird unten bei der Darstellung des Personentransports die Rede sein; dagegen soll in diesem und in dem folgenden Paragraphen von dem Frachtgeschäft der Brief-

---

[30]) S. o. § 336 S. 292 insb. Not. 16.

[31]) Aus der Eigenschaft der Post als einer öffentlichen Verkehrsanstalt, als Zweig des öffentlichen Staatsdienstes, würde nur ihre Verpflichtung zur Wahrung des Amtsgeheimnisses hervorgehen. A. M. Laband S. 302.

[32]) Hierher gehören: Str.P.O. § 99, 100; K.O. § 111. Anderweitige landesgesetzliche Ausnahmen sind durch P.G. § 5 aufgehoben. Vgl. auch Str.P.O. § 53; C.P.O. § 341, 348, 350. Dambach, P.G. § 5 Anm. 3—8 S. 25—28. Laband S. 304—306.

[33]) Str.G.B. § 354, 358.

[34]) Vgl. über das Briefgeheimniss: Laband S. 302—308; Dambach, P.G. § 5 S. 24—28.

und Fahrpost gehandelt werden, und zwar in diesem Paragraphen vom einfachen, im folgenden Paragraphen vom modifizirten Postfrachtgeschäft.

Das Postfrachtgeschäft unterliegt prinzipiell den Bestimmungen des H.G.B. kraft der positiven Vorschrift des Art. 421 Abs. 2 und Art. 449, soweit nicht das spezielle Postrecht besondere Normen enthält. Desshalb hat die Post auch prinzipiell die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten wie der Frachtführer; sie ist selbst Frachtführer. Nur sind diese Rechte und Verbindlichkeiten keine vertragsmässigen. Vielmehr sind die Verbindlichkeiten der Post einseitige obligationes ex lege, während ihre Rechte nur als gesetzliche Voraussetzungen oder als gesetzliche Folgen der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten in Betracht kommen und desshalb theilweise bloss defensiv durch Weigerung der Annahme oder der Aushändigung der Postsendungen geltend gemacht werden können.

II. **Pflichten** der Post. Die Post ist verpflichtet:

1. Zur **Annahme** und **Beförderung** der ihr gesetz- und postordnungsmässig übergebenen Postsendungen. Die postordnungsmässigen Bedingungen sind folgende:

a. Die aufgegebenen Gegenstände dürfen nicht von der Postbeförderung **überhaupt** ausgeschlossen sein. Schlechtweg ausgeschlossen sind Gegenstände, deren Beförderung mit Gefahr verbunden ist, namentlich alle durch Reibung, Luftzudrang, Druck oder sonst leicht entzündliche Sachen, sowie ätzende Flüssigkeiten.[1] Andere Gegenstände werden nur bedingt zur Postbeförderung zugelassen.[2] Die Postanstalten sind befugt, in Fällen des Verdachts, dass die Sendungen solche überhaupt ausgeschlossenen oder nur bedingt zugelassenen Gegenstände enthalten, vom Aufgeber die Angabe des Inhalts zu verlangen, und falls dieselbe verweigert wird, die Annahme der Sendungen abzulehnen.[3] Werden derartige Gegenstände unter unrichtiger Deklaration oder mit Verschweigung des Inhaltes aufgegeben, so haftet der Absender — von öffentlicher Strafe abgesehen — für jeden daraus entstehenden Schaden, bezw. die Post hat ihm für den Verlust und die Beschädigungen nicht einzustehen, welche durch die Natur des Inhaltes der Sendung herbeigeführt worden sind.[4] Ferner sind Postkarten mit strafbarem Inhalte oder mit Beklebung (z. B. mit aufgeklebten Photographien), sowie solche Postkarten, welche nach Beseitigung der ursprünglichen Aufschrift oder der auf der Rückseite zuerst gemachten schriftlichen Mittheilungen mit anderweitiger Aufschrift bezw. mit neuen Mittheilungen versehen zur Post geliefert werden, von der Beförderung ausgeschlossen.[5]

[1] P.O. § 10 I. Postransportordnung f. d. Königr. Bayern § 3 lit. d: Lotterieloose oder Offerten zu Glücksspielen, die in Bayern verboten sind.

[2] Flüssigkeiten, Sachen die dem schnellen Verderben und der Fäulniss ausgesetzt sind, unförmlich grosse Gegenstände und lebende Thiere können von den Postanstalten zurückgewiesen werden. P.O. § 11 I. Zündhütchen, Zündspiegel und Metallpatronen müssen in Kisten oder Fässer fest von aussen und innen verpackt und als solche sowohl auf der Begleitadresse als auch auf der Sendung selbst bezeichnet sein. P.O. § 11 III.

[3] P.O. § 10 II, § 11 IV.

[4] P.O. § 10 III, § 11 II, III S. 2, § 23 III S. 2. — S. u. 3 a δ.

[5] P.O. § 12 II.

b. Die aufgegebenen Gegenstände dürfen nicht von der **speziell verlangten Art und Weise** der Beförderung ausgeschlossen sein. So werden Drucksachen nicht als solche befördert, wenn sie nach ihrer Anfertigung irgend welche unstatthaften Zusätze oder Aenderungen am Inhalt erhalten haben.[6]) Von der Beförderung als Waarenproben sind alle Gegenstände ausgeschlossen, welche einen Werth haben oder deren Beförderung mit Nachtheil oder Gefahr verbunden sein würde.[7]) Und zur Bestellung durch Eilboten werden Sendungen mit Zustellungsurkunden sowie solche Sendungen nicht angenommen, deren Adressaten im Orts- oder im Landbestellbezirke des Aufgabe-Postorts wohnen, oder die vom Aufgabeort durch besondere Boten nach anderen Postorten gesandt werden sollen.[8]) Ebensowenig werden zur estafettenmässigen Beförderung Sendungen angenommen, welche ausschliesslich auf der Eisenbahn zu befördern wären.[9])

c. Die Sendungen müssen die vorschriftsmässige **äussere Beschaffenheit** haben, insbesondere:

α. in Bezug auf Meist-Gewicht;[10])

β. in Bezug auf Aussenseite und Aufschrift (Adresse);[11])

γ. in Bezug auf Form und Verpackung;[12])

δ. in Bezug auf Verschluss.[13])

Ordnungswidrig beschaffene Sendungen werden dem Absender zurückgegeben zur Herstellung der vorschriftsmässigen Beschaffenheit. Doch findet auf Verlangen des Einlieferers trotzdem eine Beförderung der mangelhaften Sendung statt, wenn aus der mangelhaften Beschaffenheit kein Nachtheil für andere Postgüter und keine Störung der Ordnung im Dienstbetriebe zu befürchten ist, auch der Einlieferer auf Ersatz und Entschädigung ausdrücklich verzichtet.[14])

d. Die Sendungen müssen mit den vorschriftsmässigen **Begleitpapieren** versehen sein. Jeder Packetsendung muss eine Begleitadresse (Post-Packetadresse) in der von der Postverwaltung vorgeschriebenen Form beigegeben sein. Doch können drei Packete unter Einer Begleitadresse versandt werden, falls nicht auf dem einen oder andern oder auf allen dreien Nachnahme haftet, indem jedes Nachnahmepacket von einer besonderen Postpacketadresse begleitet sein muss. Auch

---

[6]) P.O. § 13 VII, § 13a III, § 31 VI.

[7]) P.O. § 14 I, VIII, § 31 VI.

[8]) P.O. § 21 III, X. Vgl. anderseits P.O. § 32 IX.

[9]) P.O. § 45 II.

[10]) Dasselbe beträgt bei Briefen und Waarenproben 250 gr., bei Drucksachen 1 kg., bei Packeten 50 kg., bei Estafettensendungen 10 kg. P.O. § 1 II, § 45 III.

[11]) P.O. § 2, § 5 (Packete), § 11a II (dringende Packetsendungen), § 12 I, III, IX (Postkarten), § 13 I—VII, XII (Drucksachen), § 14 I—V (Waarenproben), § 45 IV, V (Estafettensendungen). Vgl. § 26 I S. 1.

[12]) P.O. § 7, § 9 (Werthsendungen), § 13 IV, VI u. § 14 V S. 3 (Drucksachen), § 14 II, V (Waarenproben), § 45 III (Estafettensendungen).

[13]) P.O. § 8, § 9 (Werthsendungen), § 13 IV (Drucksachen). Ueber die Wiederherstellung eines gelösten Verschlusses: P.O. § 31.

[14]) P.O. § 23 I, II.

ist es nicht zulässig, Packete mit Werthangabe und solche ohne Werthangabe mittels Einer Begleitadresse zu versenden.[15])

e. Die Sendungen müssen vorschriftsmässig **frankirt** sein. Vorgeschrieben ist die Frankatur bei Postkarten,[16]) dringenden Packetsendungen,[17]) Drucksachen,[18]) Waarenproben [19]) und Estafettensendungen.[20]) Unzureichend frankirte Drucksachen und Waarenproben werden zwar nicht zurückgewiesen, aber es wird dem Adressaten der doppelte Betrag des fehlenden Portotheils in Ansatz gebracht.[21]) Auch darf der Frankirungsvermerk weder durchstrichen noch ausradirt oder abgeändert sein.[22])

f. Die Sendungen müssen zur **rechten Zeit**, d. h. während der Dienststunden, und wenn die Versendung mit der nächsten Post erfolgen soll, vor der Schlusszeit dieser Post eingeliefert werden.[23])

g. Die Sendungen müssen am **rechten Ort** eingeliefert werden. Regelmässig hat die Einlieferung am Postschalter stattzufinden. Doch können gewöhnliche Briefe, Postkarten, Drucksachen (mit Ausnahme der bedingt zur Drucksachentaxe zugelassenen Schriftstücke) [24]) und Waarenproben in die Briefkasten gelegt, sowie den dienstthuenden Postillonen, Postbegleitern, Postfussboten und den Führern der zu Postzwecken dienenden Privatfuhrwerke übergeben werden. In gewisssem Umfange ist es auch gestattet, den auf ihren Bestellungsgängen sich befindenden Landbriefträgern und in grösseren Städten den auf ihren Bestellungsfahrten fungirenden Packetbestellern Sendungen zu übergeben zur Abgabe bei der Postanstalt ihres Amtsorts bezw. zur Bestellung unterwegs, zu welchem Zwecke diese Personen ein Annahmebuch mit sich führen. Auch ist es in grösseren Städten zulässig, durch frankirte Bestellschreiben oder Postkarten bei der Postanstalt die Abholung von Packeten aus der Wohnung zu bestellen.[25])

Estafettensendungen können nur bei solchen Postanstalten eingeliefert

---

[15]) P.O. § 3 I—IV, § 4 I, III.

[16]) P.O. § 12 V. Bei Postkarten mit Antwort ist auch für die Antwort das Porto vorauszubezahlen.

[17]) P.O. § 11a III.

[18]) P.O. § 13 VIII, IX S. 2, XI.

[19]) P.O. § 14 VI, VIII.

[20]) P.O. § 45 XIX.

[21]) P.O. § 13 IX S. 1, § 14 VII.

[22]) P.O. § 26 I S. 1.

[23]) P.O. § 25. — Die Dienststunden sind im Allgemeinen im Sommerhalbjahr (vom 1. April bis letzten September) von 7 Uhr Morgens bis 1 Uhr Mittags, im Winterhalbjahr (vom 1. Oktober bis letzten März) von 8 Uhr Morgens bis 1 Uhr Mittags, und zu allen Jahreszeiten von 2 Uhr Nachmittags bis 8 Uhr Abends; an Sonntagen fallen die Dienststunden von 9 Uhr Morgens bis 5 Uhr Nachmittags, und an den nicht auf Sonntage fallenden gesetzlichen Feiertagen fallen in der Zeit von 9 Uhr Morgens bis 5 Uhr Nachmittags, sowohl des Vormittags als auch des Nachmittags, zwei Stunden nach näherer Bestimmung der vorgesetzten Oberpostdirektion aus. P.O. § 25 I—V, XI S. 1—3. Ueber die Schlusszeit vgl. P.O. § 25 VI—X, XI S. 4, 5.

[24]) P.O. § 13a I, II, IV.

[25]) P.O. § 24 I—V, § 44 VIII.

werden, welche an Orten mit Estafettenstation sich befinden oder welche an Eisenbahnen liegen, deren Züge zur Beförderung der eingelieferten Sendungen zweckmässig benutzt werden können.[26])

Sind diese Bedingungen erfüllt, so ist die Post verpflichtet:

a. Zur **Annahme** der eingelieferten Sendung. Diese kann sie nur dann ablehnen, wenn nach Massgabe der vorhandenen Postverbindungen und Postbeförderungsmittel die Zuführung der Sendung an den Bestimmungsort nicht möglich ist.[27]) Verweigert sie ohne rechtfertigenden Grund die Annahme, so hat der Absender den Rekurs bei der höheren Behörde, ausserdem aber auch eine Civilklage auf Schadenersatz.

b. Zur Aushändigung des entsprechenden **Einlieferungscheins.**[28]) Derselbe dient zum Beweise der geschehenen Einlieferung. Vermag der Absender gegebenen Falls diesen Schein nicht vorzulegen, so wird die Einlieferung nicht als geschehen erachtet, wenn dieselbe nicht aus den Büchern oder Karten ersichtlich ist, oder wenn nicht in anderer Weise überzeugend dargethan wird, dass die Sendung als eine solche eingeliefert worden ist, für welche die Postverwaltung Gewähr leistet.[29])

c. Zur **Beförderung** der eingelieferten Sendung, d. h. zum Transport von der Aufgabestation bis zur Abgabestation, und zwar mit der nächsten planmässigen Postgelegenheit, falls die Einlieferung zu gehöriger Zeit bewirkt ist. Besondere Lieferfristen kennt das Postrecht nicht. Doch übernimmt es die Postverwaltung, **dringende Packetsendungen,** die als solche ordnungsmässig bezeichnet sind, mit den sich darbietenden schnellsten Postgelegenheiten nach den Bestimmungsorten zu befördern.[30]) Und **Estafettensendungen** werden zu Pferde oder mittels Kariols befördert, mittels Eisenbahnzügen nur dann, wenn berechnet werden kann, dass die Estafettensendungen mit denselben ihren Bestimmungsort eher oder wenigstens ebenso früh erreichen, wie bei der Beförderung zu Pferde.[31]) Für Verzögerung der Beförderung oder Bestellung steht die Post prinzipiell nicht ein. Nur ausnahmsweise leistet sie für den durch verzögerte Beförderung oder Bestellung von Briefen mit Werthangabe und von

---

[26]) P.O. § 45 I.

[27]) P.O. § 10 IV.

[28]) P.O § 6 V (Sendungen mit Werthangabe), § 15 II (Einschreibsendungen), § 18 IV (Nachnahmesendungen), § 45 VI (Estafettensendungen); vgl. § 16 VII, § 19 VIII, § 20 IV a. E., § 53 V. Ueber die vom Landbriefträger angenommenen Sendungen erfolgt die Ertheilung des Einlieferungsscheins erst durch die Postanstalt; der Landbriefträger ist verpflichtet, den Einlieferungsschein wenn möglich beim nächsten Bestellungsgang dem Auflieferer zu überbringen. P.O. § 24 V S. 4, 5. — Vgl. Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 4 Z. 2.

[29]) P.O. § 27 I.

[30]) P.O. § 11a I, II. Es gehören hierher insbes. Sendungen mit Fischlaich oder Fischbrut, mit lebenden Thieren oder mit frischen Blumen bezw. Pflanzen.

[31]) P.O. § 45 VII. — Die Estafettensendung ist Nichts als eine Extrapostbeförderung von Sachen analog der Extrapostbeförderung von Personen.

Packeten [32]) entstandenen Schaden Ersatz, aber nur wenn derselbe aus einer Beschädigung der Postsendung selbst hervorgeht, wobei es jedoch gleichgültig ist, ob die Verzögerung die unmittelbare oder nur die mittelbare Ursache dieser Beschädigung ist.[33]) Eine solche Beschädigung der Postsendung liegt vor:

α. wenn die aufgegebene Sache in Folge der Verzögerung verdorben ist,[34]) in welchem Falle die nämlichen Grundsätze der Schadensberechnung stattfinden, wie im Falle des Verlustes, und

β. wenn die Sache in Folge der Verzögerung ihren Werth bleibend ganz oder theilweise verloren hat. Hat die Sache ihren Werth ganz verloren,[35]) so kommen die Grundsätze vom Verderb und Verlust zur Anwendung. Hat die Sache ihren Werth nur theilweise verloren, so prästirt die Post die Differenz zwischen dem jetzigen Werth der Sache und ihrem Werth zur Zeit, wo die Ablieferung hätte geschehen sollen, falls der gemeine Werth der Berechnung zu Grunde gelegt wird.[36]) Wird aber im gegebenen Falle der deklarirte Werth oder der Normalsatz zu Grunde gelegt, so bildet derselbe die Maximalgrenze für die Ersatzleistung.[37]) Ist die verspätete Sache eine marktgängige, und beruht die durch Verzögerung herbeigeführte Werthminderung lediglich auf einem Fallen des Kurses oder Marktpreises, so wird dieselbe nicht vergütet.[38]) Hat die Werthminderung sowohl im Sinken des Kurses oder Marktpreises, als auch in Aenderung anderweitiger Umstände ihren Grund, so kommt sie bloss in letzterer Beziehung in Ansatz.

Auf Verschulden der Post kommt es nicht an, um sie für Verzögerung verantwortlich machen zu können; nur darf sie keinen Entschuldigungsgrund

---

[32]) Nicht aber auch, wie nach dem Preuss. P.Ges. v. 5. Juni 1852 § 10, von rekommandirten und Estafettensendungen. P.G. § 6 Abs. 2, 5; arg. § 10. Postvertrag mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 2 verb. mit Art. 8 Abs. 3.

[33]) Verweigert der Adressat die Annahme der verzögerten Sendung wegen der Verzögerung und verdirbt dieselbe auf dem Rückwege nach dem Absendungsort, so ist die Verzögerung die mittelbare Ursache des Verderbs und die Post verantwortlich. So richtig Laband S. 335 Not. 1. Irrig Dambach, P.G. § 6 Anm. 11 S. 35, 36 und das von ihm angeführte Erkenntniss des Kammergerichts Berlin v. 21. Mai 1863.

[34]) Z. B. Fische und Seeschalthiere.

[35]) Z. B. Staatspapiere, welche der Präklusion unterliegen, oder Lotterieloose, welche dem Verfall ausgesetzt sind, sind in Folge der Verzögerung präkludirt oder verfallen.

[36]) P.G. § 6 Abs. 2 vbd. mit § 8 Abs. 1 u. § 9.

[37]) Der Normalsatz beträgt auch hier 3 M. für das Pfund. P.G. § 9 und Dambach, P.G. § 9 Anm. 1 S. 53. S. u. 3 d.

[38]) P.G. § 6 Abs. 2 S. 2. Postdienst-Instruktion zu diesem Paragraphen: „Wenn Staatspapiere, welche der Präklusion unterliegen, oder Lotterieloose, welche dem Verfall ausgesetzt sind, in Folge verzögerter Beförderung oder Bestellung durch die inzwischen stattgefundene Präklusion oder den eingetretenen Verfall ihren Werth verloren haben, so liegt der Fall vor, in welchem die Postverwaltung Entschädigung zu leisten hat. Wenn dagegen nur der Kours der Staatspapiere inzwischen gefallen ist, und der Absender weniger dafür erhält, als er dafür erhalten haben würde, wenn die Beförderung oder Bestellung ohne Verzug bewirkt worden wäre, so findet ein Anspruch an die Postverwaltung nicht statt.“ Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 2 S. 2.

haben. Desshalb braucht der Ersatzberechtigte zur Begründung seines Schadensanspruches bloss nachzuweisen, dass die Verzögerung in der Beförderung oder Bestellung die Ursache des entstandenen Schadens gewesen ist, wogegen die Post sich durch den Beweis exkulpiren kann, dass die Verzögerung durch die eigene Fahrlässigkeit des Absenders oder durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts herbeigeführt worden ist, oder auf einer auswärtigen Beförderungsanstalt sich ereignet hat, für welche die Postverwaltung nicht durch Konvention die Ersatzleistung ausdrücklich übernommen hat.[39])

2. Nach der Ankunft der Sendung bei der Bestimmungsstation ist die Post zur **Bestellung,** d. h. zur Ueberbringung an den Adressaten verpflichtet.

a. Die Bestellung ist entweder eine gewöhnliche oder eine Eilbestellung. Die **Eilbestellung** findet nur dann statt, wenn der Absender dieselbe durch einen unzweideutigen Vermerk in der Aufschrift verlangt.[40]) Doch ist bei Sendungen an Empfänger, die im Orts- oder im Landbestellbezirk des Aufgabepostorts wohnen, die Eilbestellung ausgeschlossen; dessgleichen bei Sendungen mit Zustellungsurkunden.[41]) Die Eilbestellung findet durch einen besonderen Boten, den „Eilboten“, die gewöhnliche Bestellung durch die gewöhnlichen Briefboten oder Packetbesteller statt.

b. Die Verpflichtung zur Bestellung erstreckt sich bald auf die Sendung selbst bezw. auf die Sendung nebst Begleit- und Ablieferungspapieren,[42]) bald aber bloss auf die Begleit- bezw. Ablieferungspapiere.[43]) Im letztern Falle müssen die Sendungen durch die Adressaten auf Grund der ausgelieferten Papiere von der Post abgeholt werden;[44]) doch **kann** die Post auch die Bestellung solcher Sendungen übernehmen, allerdings gegen eine besondere Vergütung (Bestellgeld, Bestellgebühr).[45])

c. Die Bestellung hat zur **gehörigen Zeit** stattzufinden. Durch Eilboten zu bestellende Sendungen sowie Estafettensendungen müssen regelmässig sofort nach der Ankunft ohne Verzug bestellt werden, auch wenn sie zur Nachtzeit eintreffen.[46]) Gewöhnliche Sendungen werden nach der von der betreffenden Postbehörde getroffenen Bestimmung bestellt.[47]) Sendungen, die vom Adressaten

---

[39]) P.G. § 6 Abs. 3. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 3. Dambach, P.G. § 6 Anm. 11, 12 S. 35, 36. Vgl. auch über die ganze Verzögerungsfrage Müller S. 155, 156.

[40]) P.O. § 21 I.

[41]) P.O. § 21 III.

[42]) P.O. § 21 IV, § 32 I Z. 1, 2.

[43]) P.O. § 21 IV S. 3, § 32 I Z. 3—6.

[44]) P.O. § 32 II, § 36 IV. Vgl. gegen die Selbstabholungspflicht des § 32 II F. B. Busch in s. Arch. 20 S. 364—392, dessen Gründe jedoch theilweise durchaus unzutreffend sind.

[45]) P.O. § 21 V A a Z. 2, b Z. 2, § 32 III—VIII, XI—XIII.

[46]) P.O. § 21 I, IV a. E., § 33 II, § 45 VIII S. 1.

[47]) P.O. § 33 I.

abzuholen sind, werden während der Dienststunden in der Postanstalt ausgehändigt.[48]) Verzögerung in der Bestellung wird rechtlich der Verzögerung in der Beförderung gleich behandelt.[49])

d. Die Bestellung hat an den **Adressaten oder dessen Bevollmächtigten** stattzufinden,[50]) und zwar bald an diese Personen selbst unter allen Umständen,[51]) bald eventuell an ein erwachsenes Familienglied oder an einen sonstigen Angehörigen oder an einen Haus- oder Geschäftsbeamten, Gutsverwalter, Gutspächter, oder an einen Dienstboten, Hauswirth, Wohnungsgeber, Thürhüter.[52]) Sendungen, welche vom Adressaten von der Post abgeholt werden müssen, werden demjenigen ausgehändigt, welcher die von der Post zugestellten Ablieferungspapiere postordnungsmässig, d. h. bald einfach, bald mit dem Namen des Empfangsberechtigten unterschrieben, bald quittirt, überbringt und zurückgibt. Dabei ist die Post nicht verpflichtet, die Berechtigung des Ueberbringers oder die Echtheit der Unterschrift und des etwa hinzugefügten Siegels zu prüfen.[53]) Ist der Adressat gestorben, so können die an ihn eingehenden Postsendungen an seinen legitimirten Erben bestellt bezw. ausgehändigt werden. Den Beweis der richtigen Bestellung hat im Bestreitungsfalle die Post zu führen. Doch ist ihr diese Beweisführung sehr erleichtert durch die Bestimmung des P.G. § 47, dass das, was ein Briefträger oder Postbote über die von ihm geschehene Bestellung auf seinen Diensteid anzeigt, so lange für wahr und richtig anzunehmen ist, bis das Gegentheil überzeugend nachgewiesen wird.[54]) Hat die Bestellung bezw. Aushändigung an eine nicht zum Empfange legitimirte Person stattgefunden, so ist die Post dafür verantwortlich. Sie ist auch dann verantwortlich, wenn sie die Bestellung mit der erforderlichen Sorgfalt bewirkt hat; sie kann sich nur durch den Nachweis einer eigenen Verschuldung des Adressaten bezw. des Absenders exkulpiren. Denn ihre Rezeptshaftung ergibt sich sowohl aus den speziellen Bestimmungen des P.G. § 6 als auch aus den allgemeinen Frachtgrundsätzen.[55])

---

[48]) P.O. § 37 I, II.

[49]) P.G. § 6 Abs. 2, 3. S. o. S. 545—547.

[50]) P.O. § 34 I S. 1, X. Ueber Form und Inhalt der Vollmacht: P.O. § 34 I S. 2—4. Solutionis causa adjectio: P.O. § 34 II S. 1, 2. Sendungen an Militärpersonen und Zöglinge von Erziehungsanstalten, Pensionaten u. dgl.: P.O. § 34 VIII; an Kranke: P.O. § 34 IX. Legitimirt zur Annahme von Postsendungen ist insbes. auch der Konkursverwalter auf Anordnung des Konkursgerichts. K.O. § 111. Code d. c. art 463 al. 3: „agents de faillite". Wetboek art. 807.

[51]) Nämlich: gewöhnliche und telegraphische Postanweisungen im Betrage von mehr als 300 M., Ablieferungsscheine bezw. Postpacketadressen über Sendungen bezw. Packete mit einer Werthangabe von mehr als 300 M., sowie eine Reihe von Sendungen, die vom Absender mit dem Vermerke „Eigenhändig" versehen sind. P.O. § 34 V Abs. 2, 3.

[52]) P.O. § 34 III, V Abs. 1 S. 2, VI, § 35 I Z. 2, § 45 VIII S. 2, 3.

[53]) P.G. § 49. P.O. § 37. Dambach, P.G. § 49 S. 156—160.

[54]) Dambach, P.G. § 47 S. 152, 153.

[55]) Dernburg, Preuss. Priv.R. II S. 573 Not. 14. A. M. Dambach, P.G. § 49 Anm. 2 S. 156, 157.

e. Die Bestellung muss am **richtigen Ort** stattfinden. Der richtige Bestellungsort ist das Geschäftslokal bezw. die Wohnung des Adressaten.[56]) Gewöhnliche frankirte Briefe, Postkarten, Drucksachen und Waarenproben können auch in die an der Wohnung des Adressaten oder seines Bevollmächtigten angebrachten Briefkasten gelegt werden.[57]) Dessgleichen können diese Gegenstände sowie auch Zeitungen auf Antrag des Betheiligten von den vorbeifahrenden Posten in verschlossenen Taschen abgegeben werden.[58]) Sendungen, welche der Adressat abzuholen hat, werden im Postlokale verabfolgt.[59]) Hat der Adressat seinen Aufenthalts- oder Wohnort verändert und ist sein neuer Aufenthalts- oder Wohnort bekannt, so werden ihm die an ihn adressirten Postsendungen an seinen neuen Aufenthalts- oder Wohnort nachgeschickt, und zwar bald unter der Voraussetzung dass er nicht eine andere Bestimmung getroffen hat,[60]) bald nur auf sein oder des Absenders ausdrückliches Verlangen.[61]) Auf Verlangen eines sich gehörig legitimirenden Adressaten kann, wenn im Einzelfalle keine dem Beamten bekannte Bedenken entgegenstehen, die Aushändigung einer Sendung auch an einem Unterwegsorte stattfinden, falls dadurch keine Störung des Dienstes herbeigeführt wird.[62])

f. In zwei Fällen ist die Bestellungspflicht der Post auf eine **Aushändigungspflicht** reduzirt:

α. Bei postlagernden Sendungen, d. h. Sendungen, denen in der Aufschrift der Vermerk **„postlagernd"** beigefügt ist. Diese werden bei der Postanstalt des Bestimmungsortes, falls sie Nachnahmesendungen sind, 7 Tage, sonst 1 Monat lang vom Tage ihres Eintreffens an aufbewahrt und dem Adressaten behändigt, wenn sich derselbe innerhalb dieser Zeit meldet und sich auf Erfordern legitimirt.[63])

β. Wenn der Adressat seine Postsendungen selbst abholt oder abholen lässt. Dies kann er, falls er es in einer schriftlichen amtlich beglaubigten Erklärung ausspricht und diese Erklärung, in welcher die abzuholenden Gegenstände genau bezeichnet sein müssen, bei der Postanstalt niederlegt. Die Aushändigung erfolgt alsdann im Postlokal innerhalb der Dienststunden. Werden aber die Sendungen nicht am Tage nach der Ankunft, bezw. wenn der Adressat ausserhalb des Ortsbestellbezirks wohnt, nicht innerhalb 3 Tagen nach der Ankunft abgeholt, so erfolgt ihre Bestellung durch den Postboten. Briefe mit Be-

---

[56]) Der Begriff „Wohnung" ist hier im weitern Sinne zu nehmen, so dass er das Wohnhaus, den Gasthof, die Kaserne, das Institut, das Krankenhaus u. s. w. einschliesst. P.O. § 34; vgl. C.P.O. § 165—169, 178.

[57]) P.O. § 34 IV.

[58]) P.O. § 44 VIII.

[59]) P.O. § 37.

[60]) So: gewöhnliche und eingeschriebene Briefe, Postkarten, Drucksachen, Waarenproben, Postanweisungen und Postaufträge. P.O. § 38 I.

[61]) So: Packete, Werthbriefe, Nachnahmesendungen und Zeitungen. P.O. § 38 II, IV. Ueber die Nachsendungs- bezw. Zeitungsüberweisungs-Gebühren: P.O. § 38 III, IV.

[62]) P.O. § 30. Allgemeine Gesichtspunkte bei Schellmann S. 27 ff.

[63]) P.O. § 33 III, § 39 I Z. 3, 4.

händigungsschein und Postaufträge werden immer durch den Postboten bestellt. Ebenso tritt eine Bestellung durch den Postboten ein, wenn der Absender dieselbe ausdrücklich verlangt hat.[64])

g. Ist eine Sendung **unbestellbar,**[65]) so ist dieselbe in der Regel ohne Verzug[66]) und uneröffnet[67]) nach dem Aufgabeort zurückzusenden. Nur bei Sendungen, die einem schnellen Verderben unterliegen, muss, wenn nach dem Ermessen der Postanstalt deren Verderb während der Rücksendung zu besorgen ist, die Veräusserung des Inhalts derselben für Rechnung des Absenders erfolgen. Der Grund der Rücksendung bezw. Veräusserung ist auf dem Briefe bezw. der Begleitadresse zu vermerken.[68])

Am Aufgabeort wird die returnirte Sendung dem Absender zugestellt ganz nach den Grundsätzen, welche von der Bestellung und Aushändigung einer Sendung an den Adressaten gelten. Der dem Absender seiner Zeit über die Sendung ertheilte Einlieferungsschein muss der Post zurückgegeben werden. Ist der Absender der Aufgabepostanstalt unbekannt, so wird die Sendung an die Oberpostdirektion eingeschickt, um durch Eröffnung derselben den Absender kennen zu lernen. Verweigert oder unterlässt der Absender die rechtzeitige Rücknahme, so können die werthlosen Gegenstände vernichtet, dagegen die Gegenstände von Werth zum Besten der Postarmen- bezw. der Postunterstützungskasse verkauft oder verwendet werden, nachdem zuvor die Postgebühren bestritten sind. Ist er nicht zu ermitteln, so werden die werthlosen Gegenstände innerhalb 3 Monate seit deren Einsendung an die Oberpostdirektion vernichtet, dagegen tritt bezüglich der eingeschriebenen und der Werthsendungen ein Ediktalverfahren ein. Inzwischen lagern die Sachen auf Gefahr des Absenders; Sachen, welche dem Verderben ausgesetzt sind, können sofort verkauft werden. Bleibt die öffentliche Aufforderung 4 Wochen lang ohne Erfolg, so werden die Gegenstände verkauft. Meldet sich der Absender oder Adressat später innerhalb der gewöhnlichen landesrechtlichen Verjährungszeit, so zahlt ihm die Postarmen- oder Unterstützungskasse die ihr zugeflossenen Summen, jedoch ohne Zinsen, zurück. Unbestellbare Sendungen aus einem fremden Postgebiet werden dorthin zur weiteren Behandlung zurückgeschickt.[69])

3. Die Post ist zur **Verwahrung** der ihr zur Beförderung überlieferten Sendung verpflichtet, aber nur in beschränktem Umfange. Denn die Post haftet nur für den **Verlust** von Werthbriefen,[70]) Packeten mit oder ohne Werthangabe, rekommandirten und Estafettensendungen, sowie für die **Beschädigung** von

---

[64]) P.G. § 48 S. 1. P.O. § 36.

[65]) Ueber die Unbestellbarkeitsfälle: P.O. § 21 IX, § 39 I, II, VI, § 44 II S. 2.

[66]) Ausnahme: P.O. § 39 II, VI.!

[67]) Ausnahme: P.O. § 39 V S. 2.

[68]) P.O. § 39 III—V, VII.

[69]) P.G. § 26 Abs. 1. P.O. § 40. Dambach, P.G. § 26 S. 95—97. Laband S. 326, 327. Ueber das französische Recht vgl. Hepp p. 54, 55.

[70]) Der Vermerk über Postnachnahme gilt nicht als Werthangabe, sondern nur eine ausdrückliche der Adresse beigefügte Werthbezeichnung. P.O. § 46 I, IV.

Werthbriefen und von Packeten mit oder ohne Werthangabe. Für Verlust und Beschädigung anderer als der vorbenannten Sendungen, z. B. gewöhnlicher Briefe, Postkarten, Drucksachen, Waarenproben steht sie nicht ein.[71])

a. Die Verwahrungspflicht der Post ist ein selbständiger Bestandtheil ihrer gesetzlichen Frachtobligation. Wie der gewöhnliche Frachtführer, so hat auch die Post die Verwahrung als **Resultat** zu prästiren. Desshalb braucht der Ersatzberechtigte keine besondere Verschuldung der Post, sondern nur die Einlieferung der Postsendung nachzuweisen. Es ist dann Sache der Post, durch Gegenbeweis darzuthun, dass sie die Sendung unversehrt an den Adressaten oder dessen legitimirten Vertreter abgeliefert, oder dass sie nach Lage der Sache für Verlust oder Beschädigung nicht einzustehen habe. Dies ist der Fall:

α. Wenn der Verlust durch die eigene Fahrlässigkeit des Absenders herbeigeführt worden ist, z. B. durch mangelhafte Verpackung Verschliessung Adressirung Signirung,[72]) Einlieferung an den unrichtigen Beamten, Einwerfung einer Werthsendung in den Briefkasten oder Einlieferung derselben mittelst Posttasche, Beschlagnahme von gestohlenen oder der Konfiskation unterworfenen Gegenständen[73]) u. dgl.[74]) Die Post wird aber nicht schon durch den Nachweis befreit, dass der Absender ein Versehen begangen habe, auf welches der Schaden zurückgeführt werden **kann**, sondern allein durch den Nachweis, dass das Versehen des Absenders **wirklich** den Schaden verursacht hat. Insbesondere werden alle Mängel ordnungswidriger Aufgabe dadurch geheilt, dass die Sendung an den diensthuenden Annahmebeamten gelangt. Dass die Post die Möglichkeit gehabt hat, die Fahrlässigkeit des Absenders zu beseitigen und den Schaden abzuwenden, macht sie nicht ersatzpflichtig, weil dadurch der Kausalnexus zwischen der Fahrlässigkeit des Absenders und dem eingetretenen Schaden nicht durchbrochen ist. Anders ist es, wenn eine Fahrlässigkeit der Post konkurrirt. In diesem Falle ist die Post verantwortlich, wenn trotz des Versehens des Absenders der Schaden nicht eingetreten wäre, falls die Post ihrerseits vorschriftsmässig gehandelt hätte.[75])

β. Wenn der Adressat erklärt hat, die an ihn eingehenden Postsendungen selbst abzuholen oder abholen zu lassen. In diesem Falle hat die Post weder die Legitimation des abholenden Boten zu prüfen, noch dafür einzustehen, dass derselbe die ihm ausgehändigten Postsendungen oder Auslieferungspapiere dem Adressaten richtig abliefere. Wohl aber ist die Postverwaltung dafür verantwortlich, dass dem Boten alle für den Adressaten eingegangenen Sendungen wirklich ausgehändigt werden. Doch ist die Post auch wegen Unterlassung der

---

[71]) P.G. § 6 Abs. 1, 5. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 16 Abs. 1—3, 9, Art. 42 Abs. 1, 7. Damit ist der alte Streit über die Rezeptshaftung der Post beseitigt. Vgl. darüber besonders Kompe XI S. 42 ff.

[72]) P.O. § 23 II, III S. 1. P.O. § 11 II ist desshalb keine Ausnahme von der Regel.

[73]) St.P.O. § 99—101.

[74]) P.G. § 6 Abs. 3 lit. a. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 3 lit. a.

[75]) Vgl. Kompe 18 S. 321 Not. 38, S. 355—357. Gad S. 39, 40. Dambach, P.G. § 6 Anm. 13—15 S. 36—38.

Legitimationsprüfung verantwortlich, wenn zwischen der Postanstalt und dem Adressaten ein dessfallsiges Abkommen getroffen worden ist, oder wenn diese Unterlassung der Postanstalt als grobe Nachlässigkeit angerechnet werden kann.[76]) Daraus ergibt sich von selbst ihre Berechtigung zur Legitimationsprüfung.[77]) Gleichgiltig für die Befreiung der Post ist es, in welcher Form der Adressat die Abholungserklärung gegeben hat; namentlich ist die in P.O. § 36 I vorgeschriebene schriftliche Form nicht nothwendig.[78])

Bei Postsendungen, die der Adressat auf Grund der ihm zugestellten Begleit- oder Auslieferungspapiere von der Post abzuholen hat,[79]) braucht die Postanstalt weder die Echtheit der Unterschrift und des etwa hinzugefügten Siegels unter dem mit dem Namen des Empfangsberechtigten unterschriebenen und bezw. untersiegelten Ablieferungsschein zu untersuchen, noch die Legitimation desjenigen zu prüfen, welcher unter Vorlegung des vollzogenen Ablieferungsscheins bezw. Begleitbriefs die Aushändigung der Sendung verlangt.[80])

γ. Wenn der Schaden durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses herbeigeführt worden ist.[81]) Die Post wird also nicht, wie der gewöhnliche Frachtführer, durch jede vis major befreit,[82]) sondern nur durch eine solche, die aus einem **Naturereignisse** hervorgegangen ist, also z. B. nicht durch Plünderung, Ueberfall, unverschuldete Beschlagnahme, auch nicht durch Krieg, Aufruhr u. dgl.,[83]) wohl aber durch Feuer, Wasser, Sturm, Frost, Schiffbruch, Erdrutsch u. dgl. Ausserdem müssen die nachtheiligen Folgen eines solchen Naturereignisses **absolut unabwendbar** gewesen sein. Die Post haftet bis an die äusserste Grenze des Menschenmöglichen.[84])

---

[76]) Denn der zwischen der Postanstalt und dem Adressaten abgeschlossene Vertrag über die Abholung der Postsendungen muss secundum bonam fidem ausgelegt werden. Mit einer blossen Disziplinarstrafe des nachlässigen Beamten ist der bona fides nicht Genüge gethan. A. M. Dambach, P.G. § 48 Anm. 2 S. 154.

[77]) P.G. § 48. P.O. § 36. Dambach, P.G. § 48 S. 153—155.

[78]) A. M. Dambach, P.G. § 48 Anm. 3 S. 154, 155. Dass dem Adressaten gegenüber dessen mündliche Erklärung vollwirksam ist, kann doch nicht bezweifelt werden. Hat nun die Post auf Grund derselben innerhalb der im Texte aufgestellten Schranken an den sich zur Abholung meldenden Boten ausgeliefert, so muss der Adressat als befriedigt betrachtet werden. Ist aber der Adressat befriedigt, so ist auch der Absender befriedigt.

[79]) P.O. § 32 II, § 36 IV.

[80]) P.G. § 49. P.O. § 37. S. o. S. 548 unter 2 d.

[81]) P.G. § 6 Abs. 3 lit. b. Dambach, P.G. § 6 Anm. 16—18 S. 38—40. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 3 lit. c.

[82]) H.G.B. Art. 395, 607. So auch mit Ausnahme von Raub und Diebstahl nach dem Preuss. P.G. v. 5. Juni 1852 § 10 Abs. 3 lit. b. Ebenso entschuldigt jede „force majeure“ nach dem Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 8 Z. 1 Abs. 1, 3, 4, 5.

[83]) Dies geht aus der Bestimmung des P.G. § 15 unzweifelhaft hervor, wonach die Post in Fällen des Kriegs und gemeiner Gefahr jede Vertretung ablehnen darf, was sie nicht nothwendig hätte, wenn sie ohnedies entschuldigt wäre. Anders nach Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 3 lit. b.

[84]) Dambach a. a. O. S. 39. Müller S. 107, 108. Kompe 18 S. 357. Meili S. 48.

δ. Wenn der Schaden durch die natürliche Beschaffenheit des Guts entstanden ist, z. B. durch Selbstentzündung, Fäulniss, Tod (von Thieren), gewöhnliche Leckage u. dgl.[85]) Die Post hat diesen Kausalnexus nachzuweisen, wogegen dem Ersatzberechtigten der Gegenbeweis vorbehalten bleibt, dass bei postmässiger Behandlung der Schaden nicht eingetreten wäre.[86])

ε. Wenn der Schaden auf einer auswärtigen, d. h. **ausserdeutschen** (nicht zu den drei deutschen Posten gehörigen) Beförderungsanstalt, gleichgiltig ob Post oder Privattransportanstalt, sich ereignet hat, für welche die Postverwaltung nicht durch Konvention die Ersatzleistung ausdrücklich übernommen hat.[87]) Denn die deutsche Post haftet in Bezug auf den ihr nachfolgenden ausserdeutschen Transportanten nur als Spediteur.[88]) Jedoch ist die deutsche Postverwaltung, bei deren Anstalt die Einlieferung erfolgt ist, verpflichtet, dem Absender bei Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die auswärtige Beförderungsanstalt Beistand zu leisten, z. B. durch Auslieferung der Urkunden über die an die letztere erfolgte Ablieferung der Sendung und über den unversehrten Zustand der Sendung zur Zeit der Ablieferung.[89])

ζ. Wenn die Post die Vertretung abgelehnt hat. Dies thut sie bei dringenden Packetsendungen[90]) und kann sie in Fällen des Kriegs und gemeiner Gefahr durch eine öffentliche Bekanntmachung schlechtweg thun.[91])

η. Wenn der Absender auf Ersatz und Entschädigung verzichtet hat.[92])

ϑ. Wenn der Absender in betrüglicher Absicht zu hoch deklarirt hat, d. h. in der Absicht, die Post zu täuschen und sich oder einem Andern einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen.[93])

---

[85]) P.G. § 6 Abs. 3 lit. b. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 3 lit. c. H.G.B. Art. 395 Abs. 1, Art. 607 Abs. 1. Desshalb ist keine Erweiterung des P.G. der § 11 II der P.O., da „die Natur des Inhalts der Sendung" gleich ist „der natürlichen Beschaffenheit des Guts"; vgl. auch P.O. § 11 a IV. Gad S. 48.

[86]) Vgl. Kompe 18 S. 356.

[87]) P.G. § 6 Abs. 3 lit. c. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 3 lit. d. Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 2 Z. 1, Art. 8 Z. 1 Abs. 3. — Nach gemeinem Recht haftet die Postanstalt als Transportantin nicht über ihr Gebiet hinaus. Leyser, Meditt. Spec. LXVI med. 6. Kompe 18 S. 323. Wolff S. 137. Meili S. 55 f. Dambach, P.G. § 6 Anm. 20 S. 40. A. M. Glück, Komm. VI S. 130—132. J. L. Schmidt, Hinterl. Abhandl. verschiedener praktischer Rechtsmaterien II Nr. LXXII. Müller S. 70, 208. Linde S. 79. Dem gemeinen Rechte entsprechend das Preuss. A. L.R. II 15 § 190, 191 und die meisten früheren deutschen Postgesetze. Dem A. L.R. schliesst sich fast wörtlich an das P.G. a. a. O. Anders Art. 401 bei direktem Frachtbriefe.

[88]) Kompe 18 S. 324. Dambach, P.G. § 6 Anm. 20 S. 40, 41.

[89]) Kompe 18 S. 388.

[90]) P.O. § 11 a IV.

[91]) P.G. § 15. Dambach, P.G. § 15 S. 74, 75.

[92]) Dies muss er thun, wenn er eine nicht ordnungsmässig verpackte verschlossene oder adressirte Sendung befördert haben will. Klausel: „Auf meine Gefahr". P.O. § 23 II.

[93]) P.G. § 8 Abs. 2. Dambach, P.G. § 8 Anm. 4 S. 52. Die blosse Absicht genügt nicht, sondern nur die betrügliche Absicht; Str.G.B. § 263. Dagegen bestimmt

ι. Wenn der Verschluss und die Verpackung einer Postsendung bei der Aushändigung an den Adressaten äusserlich unverletzt und zugleich das Gewicht mit dem bei der Einlieferung ermittelten übereinstimmend befunden wird, so braucht dasjenige, was bei der Eröffnung an dem angegebenen Inhalte fehlt, von der Post nicht vertreten zu werden.[94]) Für die äusserliche Unverletztheit und für die Gewichtsübereinstimmung spricht eine Präsumtion, wenn die Postsendung ohne Erinnerung vom Adressaten angenommen, d. h. wenn nicht sofort nach der Empfangnahme wegen etwaiger äusserer Verletzung oder wegen inhaltlichen Abgangs remonstrirt worden ist. Doch wird die Präsumtion durch den Gegenbeweis gebrochen, dass der Verschluss oder die Verpackung verletzt waren, oder dass das nach dem Empfange ermittelte Gewicht mit dem bei der Einlieferung ermittelten nicht übereinstimmte.[95]) Auch bezieht sich die (höchst bedenkliche) Bestimmung des Postgesetzes nur auf **Fehlen** am Inhalt, nicht aber auf **Beschädigung** des Inhalts.[96]) Dagegen ist diese Bestimmung keineswegs eine blosse Präsumtion, welche durch den Nachweis des Ersatzberechtigten, dass trotz der äusseren Unverletztheit und trotz der Gewichtsübereinstimmung eine Spoliation des Inhalts stattgefunden habe, gebrochen werden könnte.[97])

b. Die Verwahrungspflicht der Post **beginnt** mit der ordnungsmässigen Einlieferung der vertretbaren Sendung bei der Postanstalt an den an der Annahmestelle dienstthuenden Beamten bezw. mit der Uebergabe derselben an den Landbriefträger oder Packetbesteller, nicht aber im letztern Falle erst mit der seitens der Postanstalten erfolgenden Ausstellung der bezüglichen Einlieferungsscheine und Bescheinigungen. Der Beweis der Einlieferung an den Landbriefträger oder Packetbesteller wird durch Eintrag der Sendung in das von diesen Personen zu führende Annahmebuch erbracht, einerlei ob dieser Eintrag seitens der letzteren oder seitens des Einlieferers gemacht wird. Erfolgt dagegen die Einlieferung bei der Postanstalt selbst, so wird dieselbe durch den Einlieferungsschein bewiesen, falls derselbe postordnungsmässig vorgeschrieben ist. Desshalb darf sich der Einlieferer nicht entfernen, ohne den Schein in Empfang genommen zu haben; sonst wird die Einlieferung nicht als geschehen erachtet, sofern sie nicht aus den Büchern und Karten ersichtlich ist oder sofern nicht in anderer Weise überzeugend dargethan wird, dass die Sendung als eine solche eingeliefert worden ist, für welche die Postverwaltung Gewähr leistet.[98])

---

das Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 art. 6: „Toute déclaration frauduleuse de valeurs supérieures à la valeur réellement insérée dans une lettre est interdite", d. h. die fraudulöse höhere Deklaration wird bei der Schadensvergütung einfach nicht berücksichtigt.

[94]) P.G. § 7. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 4. Dambach, P.G. § 7 S. 44—49. Gad S. 45. — Vgl. dagegen l. 1 § 8 D. nautae (4, 9), l. 1 § 41 D. depos. (16, 3) u. Glück, Komm. VI S. 132.

[95]) R.O.H.G. XVII 33 S. 126 ff. O.A.G. Dresden v. 10. Septbr. 1858 in Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen N. F. B. 18 S. 266 ff. und in Goldschmidts Zeitschr. III S. 230 ff.

[96]) Müller S. 161, 162. Dambach, P.G. § 7 Anm. 2 S. 45.

[97]) Dambach a. a. O. S. 47. A. M. Wolff S. 146.

[98]) P.O. § 24 I, III—V, § 27 I. Die in § 27 I erwähnte Entfernung ist lediglich

Die Verwahrungspflicht der Post **dauert** bis zur Ablieferung der Sendung an den Adressaten oder dessen legitimirten Vertreter am Bestimmungs- oder an einem Unterwegsorte,[99]) bezw. bis zur Rückgabe der zurückgezogenen oder unbestellbaren Sendung an den Absender oder dessen legitimirten Vertreter, und falls der Absender die Rücknahme der unbestellbaren Sendung verweigert oder nicht rechtzeitig vornimmt, bis zur Verweigerung der Rücknahme bezw. bis zum Ablauf der Rücknahmefrist, falls er aber nicht ermittelt werden kann, bis zum Eingang der unbestellbaren Sendung bei der Oberpostdirektion.[100]) Der Ablieferung an die legitimirte Person steht gleich die Beschlagnahme der Postsendung seitens der kompetenten Behörde,[101]) falls dieselbe vom Absender oder Adressaten verschuldet ist; dagegen hat die unverschuldete Beschlagnahme die Post zu tragen.[102])

c. Die Verwahrungspflicht der Post wird durch Verlust und Beschädigung der Postsendung **verletzt.**

α. Der Begriff des **Verlusts** ist der gewöhnliche frachtrechtliche. Verlust liegt vor, wenn die Post nicht im Stande ist, ihrer Aushändigungspflicht gegenüber dem Adressaten nachzukommen, weil sie die Sendung ganz oder theilweise nicht in ihrer Dispositionsgewalt hat.[103]) Zur Feststellung des Verlusts dienen die **Laufschreiben.**[104]) Wird ein Verlustanspruch geltend gemacht, so hat der Kläger nur die postordnungsmässige Einlieferung der Sendung zu beweisen, während es Sache der Post ist, den Gegenbeweis der Aushändigung der Sendung an den Adressaten zu führen.[105])

β. **Beschädigung** ist jede äussere oder innere Verschlechterung des Inhalts der Sendung. Bei einem jeden Beschädigungsanspruch hat der Beschädigte nachzuweisen, dass die Sendung postordnungsmässig eingeliefert worden sei, d. h. dass sie sowohl ihrer äusseren als auch ihrer inneren Beschaffenheit nach den Anforderungen der Postordnung entsprochen habe, und dass trotzdem eine Beschädigung vorhanden sei.[106])

d. Für die **Bestimmung des Schadenersatzes** wegen Verlusts und Beschädigung sind prinzipiell die Grundsätze des H.G.B. Art. 396 massgebend, insoweit nicht das Postrecht anderweitige Vorschriften enthält. Insbesondere

---

von einer freiwilligen Entfernung des Einlieferers zu verstehen. Vgl. auch Kompe 18 S. 319 Not. 28, S. 322. Gad S. 24—26. S. o. S. 547 Text zu Not. 29.

[99]) P.O. § 21 IV, § 30 I, § 32 I, II, § 33 III, § 34—38, § 39 VI, § 44 VIII, § 45 VIII.

[100]) P.O. § 29 I—III, § 40. S. o. S. 550.

[101]) Str.P.O. § 99—101.

[102]) Vgl. Kompe 18 S. 328. Gad S. 39. Hepp p. 32—39. S. o. S. 552 unter γ.

[103]) S. o. § 340 S. 334. — Der gewöhnliche civilrechtliche Begriff des Verlustes reicht auch hier nicht aus. Desshalb zu eng: Kompe 18 S. 354; Linde S. 96; Wolff S. 135; Dambach, P.G. § 6 Anm. 5 S. 33.

[104]) P.O. § 41. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 21.

[105]) Vgl. R.O.H.G. XIII 13 S. 46, 47.

[106]) Dambach, P.G. § 6 Anm. 4, 10 S. 32, 33, 35. Laband S. 337. A. M. Meili S. 37, 38. Vgl. Kompe 18 S. 354, 355.

haftet die Post prinzipiell bloss nach Massgabe des gemeinen Handelswerths bezw. des gemeinen Werths der Sache. Ausserdem bleiben auch hier der bloss mittelbare Schaden und der entgangene Gewinn sowie der Affektionswerth ausser Ansatz. Auch kann die Post nicht in natura Ersatz leisten, sowie umgekehrt der Beschädigte nicht abandonniren darf.[107]) Im Uebrigen ist zu unterscheiden:

α. Hat eine Werthdeklaration[108]) stattgefunden, so ist bei **Totalverlust** die deklarirte Summe zu prästiren, ausser wenn die Post beweist, dass der deklarirte Werth den gemeinen Werth übersteigt, in welchem Falle sie nur den letzteren zu leisten hat.[109]) Ist der Verlust ein **partieller,** so hat die Post denselben nur dann seinem wirklichen Umfange nach zu ersetzen, wenn die Deklaration nicht unter den wahren Werth der verlorenen Sache herabgeht. leistet die Post **bis zur Höhe des deklarirten Betrages** Ersatz, nicht bloss nach Verhältniss der deklarirten Summe zum gemeinen Werth der Sendung.[110]) Dasselbe gilt im Falle einer **Beschädigung**.

---

[107]) P.G. § 12. Gad S. 67—71.

[108]) P.O. § 6. Dieselbe muss nach P.O. § 6 I bei Briefen in der Aufschrift, bei anderen Sendungen in der Aufschrift der Begleitadresse und des zugehörigen Packets ersichtlich gemacht werden und hat ausserdem in der Reichswährung zu erfolgen. Eine diesen Formvorschriften nicht entsprechende Deklaration kann nur dann berücksichtigt werden, wenn sie von der Post als solche behandelt worden ist, z. B. durch Erhebung der Versicherungsgebühr. Desshalb geht zu weit Kompe 18 S. 358 Not. 120.

[109]) P.G. § 8 Abs. 1 S. 2. P.O. § 6 II S. 2. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 5. — Der Werth amortisirbarer Papiere besteht in den Kosten, welche die Amortisation zur Folge hat. P.O. § 6 III. Gad S. 68 Not. 25. — Nach dem Pariser Uebereink. vom 1. Juni 1878 Art. 1 Abs. 2 können die pasziszirenden Verwaltungen bei Werthbriefen einen Maximalbetrag der Werthdeklarationen, jedoch nicht unter 5000 Fr. festsetzen, und alsdann haften sie nur bis zum Belaufe der festgesetzten Maximalgrenze.

[110]) P.G. § 8 Abs. 1 S. 1: „Wenn eine Werthangabe geschehen ist, so wird dieselbe bei der Feststellung des Betrags des von der Postverwaltung zu leistenden Schadenersatzes zum Grunde gelegt." Diese Worte des Gesetzes weisen unzweifelhaft auf eine proportionelle Berechnung hin: und nach dieser Auffassung liegt in der Werthdeklaration eine Selbstschätzung. Man kann aber in derselben auch die Maximalgrenze der Schadenersatzpflicht sehen, und für diese Auffassung hat sich sowohl das frühere Preussische wie das jetzige Deutsche Generalpostamt erklärt. Für diese Auffassung und gegen die Idee der Selbstschätzung spricht der innere Zusammenhang zwischen § 8 und § 9 des P.G. und die Bestimmung des § 8 Abs. 1 S. 2, dass der deklarirte Werth den gemeinen Werth der Sache nicht übersteigen darf. Gegen diese Auffassung und für den Gedanken der Selbstschätzung spricht der Umstand, dass die Werthdeklaration jedenfalls eine vom Absender ausgehende Werthschätzung ist. die derselbe nur in der Absicht vornimmt, seinen eventuellen Ersatzanspruch zu sichern, nicht aber die Ersatzpflicht der Post auf ein Maximum zu beschränken. Als Resultat dieser Gründe Für und Wider ergibt sich, dass die Werthdeklaration sowohl Selbstschätzung als auch Maximalgrenze der Schadenersatzpflicht ist, so dass sich die Praxis des Generalpostamts nicht, wie dasselbe in seiner Verfügung vom 16. Februar 1874 meint, aus Rechtssondern lediglich aus Billigkeitsgründen ergibt. S. o. S. 504, 505. Vgl. über diese Frage Kompe 18 S. 371. Linde S. 90 ff., 101. Gad S. 61—63 u. H.R. S. 306 Not. 33. Wolff

β. Hat keine Werthdeklaration stattgefunden, so vergütet die Postverwaltung für den Verlust einer **eingeschriebenen**[111]) (rekommandirten) oder einer **Estafettensendung** 42 M. ohne Rücksicht auf den wirklichen Werth der Sendung.[112]) Unter Verlust ist aber hier Totalverlust zu verstehen und ein solcher nur dann anzunehmen, wenn auch nicht einmal die Umhüllung der Sendung überliefert werden kann.[113]) Dagegen wird der Partialverlust als Beschädigung angesehen und dafür kommt die Post bei diesen Sendungen nicht auf. Bei **Packeten ohne Werthangabe** vergütet die Post sowohl im Falle des Verlustes als auch der Beschädigung den wirklich erlittenen Schaden, jedoch niemals mehr als 3 M. für jedes Pfund der ganzen Sendung. Packete von weniger Gewicht als Ein Pfund und überschiessende Pfundtheile kommen als Ein ganzes Pfund in Ansatz. Der Werth des Verpackungsmaterials wird mit in Anschlag gebracht.[114]) Bei **eingeschriebenen Packeten** konkurrirt der Ersatzanspruch nach Postgesetz § 9 elektiv mit dem nach Postgesetz § 10, falls es sich um Totalverlust handelt.[115]) Besteht das Packet aus mehreren selbständigen Gegenständen, und ist nur der eine oder andere derselben verloren gegangen oder beschädigt worden, so wird die Maximalgrenze der Entschädigung nach der Gesammtpfundzahl und nicht bloss nach der Zahl der verlorenen oder beschädigten Pfunde bestimmt.[116])

S. 134. Meili S. 83 ff. Dambach, P.G. § 8 Anm. 2 S. 50—52. — Maximalgrenze der Schadenersatzpflicht ist die Werthdeklaration nach dem Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 8 Z. 1 Abs. 2: „Toutefois, en cas de perte partielle inférieure à la valeur déclarée, il n'est remboursé que le montant de la perte.“ — Desshalb weil die Werthdeklaration Selbstschätzung ist, ist sie aber noch keine Versicherung und das Werthporto keine Versicherungsprämie; vielmehr ist dasselbe nur eine Vergütung für die besonderen Vorkehrungs- und Verwahrungsmassregeln, welche die Post zum Schutze der Werthsendungen ergreift. Meili S. 76 ff. Laband S. 335 Not. 3. Vgl. auch oben § 357 Not. 26, 27 u. Text dazu.

111) Ueber die Form der Rekommandation: P.O. § 15 I. Eine Werthangabe ist bei Einschreibsendungen nicht zulässig. P.O. § 15 V.

112) P.G. § 10. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 16 Abs. 1—3. Dambach, P.G. § 10 S. 57, 58. — Auf dem Weltpostgebiete werden für eine verlorene Einschreibsendung 50 Fr. vergütet. Weltpostvertr. Art. 6 Abs. 4; Ausnahme: Abs. 5.

113) Dambach a. a. O. Anm. 2, 3 S. 57, 58. Auch erstreckt sich bei eingeschriebenen Packeten die Gewähr der Post bloss auf das Packet und nicht zugleich auch auf die Begleitadresse, P.O. § 15 I a. E.

114) P.G. § 9. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 6. – Höchstens 15 Fr. nach Pariser Uebereink. v. 3. Novbr. 1880 Art. 11 Z. 1. — Dambach, P.G. § 9 S. 53—56.

115) Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 6 S. 3, 4. Dambach, P.G. § 10 Anm. 4 S. 58.

116) Dafür spricht einmal der klare Wortlaut des Gesetzes. Es heisst: „jedoch niemals mehr, als Einen Thaler für jedes Pfund der ganzen Sendung“; es heisst nicht: „jedoch niemals mehr als Einen Thaler für jedes verlorene oder beschädigte Pfund der Sendung“ (wie nach Art. 75 des Deutsch.-Oesterr. Postvereinsvertrags v. 1860). Dafür spricht ferner, dass die Post nur das Packet als Ganzes transportirt und nicht die darin enthaltenen einzelnen Gegenstände als Transportobjekte betrachtet, wie aus § 7 des P.G. hervorgeht, so dass durch partiellen Verlust oder durch partielle Beschädigung immer das ganze Packet verletzt wird, für dessen Integrität eben die Post

Die Ersatzverbindlichkeit der Post wird dadurch nicht gesteigert, dass Verlust oder Beschädigung durch die bösliche Handlungsweise eines Postbeamten herbeigeführt worden sind. Selbstverständlich kann jedoch der Damnifikat wegen seines erweislich höhern Schadens den schuldigen Beamten nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen über ausserkontraktliche Schadenszufügung verantwortlich machen.[117])

Wurde die Schadenszufügung durch widerrechtliche Handlungen dritter Personen verursacht, so kann sich der Beschädigte wegen Ersatzes seines vollen Schadens an diese Dritten nach den gewöhnlichen civilrechtlichen Prinzipien halten.[118])

e. **Ersatzberechtigt** ist nur der Absender und zwar auf Grund positiver gesetzlicher Bestimmung.[119]) Der Adressat kann den Entschädigungsanspruch nur in Folge einer Vollmacht oder Cession des Absenders geltend machen.[120]) Eine solche Cession liegt aber nicht schon in der Adresse.[121]) Gleichgültig für den Ersatzanspruch des Absenders ist es, ob er Eigenthümer der Sendung ist oder nicht.[122]) Wo bei einer vertretbaren Sendung ein Einlieferungsschein ausgestellt

---

einsteht. Und dafür spricht schliesslich die Praxis der Postverwaltungen; so die frühere hannoversche nach Kompe 18 S. 364 Not. 127, die frühere preussische nach Kompe S. 371, 372. Wie hier: Gad S. 45; Meili S. 90 ff.; Laband S. 334 Not. 6; Dambach a. a. O. Anm. 5 S. 54, 55. A. M. Kompe 18 S. 362—372.

[117]) Meili S. 139—145. Dambach, P.G. § 12 Anm. 3 S. 65, 66.

[118]) P.O. § 10 III, § 11 III S. 3. Dambach, P.G. § 9 Anm. 9, 10 S. 55, 56.

[119]) P.G. § 6 Abs. 1: „Die Postverwaltung leistet dem Absender ... Ersatz"; Abs. 3 lit. c: „und will der Absender seine Ansprüche gegen die auswärtige Beförderungsanstalt geltend machen" u. s. w.; § 10: „Für eine rekommandirte Sendung . . . wird dem Absender . . . ein Ersatz von 14 Thalern gezahlt"; vgl. auch § 15: „auf Gefahr des Absenders". Ebenso: Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 42 Abs. 1, 3 lit. d. S. 2, Art. 43 Abs. 1; Weltpostvertrag Art. 6 Abs. 4; Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 8 Abs. 1, 6 und v. 4. Juni 1878 Art. 5 Abs. 1. — Durch diese gesetzlichen Bestimmungen ist die Anwendung des Art. 405 des H.G.B. ausgeschlossen.

[120]) So auch nach Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 16 Abs. 6, Art. 43 Abs. 3; Weltpostvertrag Art. 6 Abs. 4; Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 8 Abs. 1; Pariser Uebereink. v. 3. Nov. 1880 Art. 11 Z. 1. Doch geben diese Postverträge dem Adressaten auch in dem Falle den Ersatzanspruch, wo der Absender unbekannt ist. Uebereinstimmend: J. L. Schmidt, Hinterl. Abhandlgn. II Nr. LXXIV S. 243, 244. W. Karstens im Arch. f. civ. Praxis 37 S. 199–213. Kompe 18 S. 339, 344. Dreyer, R.C.R. S. 126. — Die Legitimation des Adressaten haben die Postbehörden dadurch zu erleichtern, dass sie auf dessen Antrag den Absender, wo thunlich, vernehmen lassen. Postdienstinstrukt. zu P.G. § 6. — Einen selbständigen Anspruch geben dem Adressaten: L. Höpfner im Arch. f. civ. Prax. 36 S. 119—130 auf Grund eines Vertrags zu Gunsten des Adressaten, sowie auf Grund der Natur und des Zweckes der Postanstalt als einer öffentlichen Staatsanstalt; Müller S. 81—84, 92 aus denselben Gründen; W. Sell im Arch. f. civ. Prax. 21 S. 142 ff. insbes. Not. 30 und Linde S. 124, 125 wegen negotiorum gestio der Post zum Besten des Adressaten und unter Berufung auf l. 6 § 2, l. 24 D. de neg. gest. (3, 5); Kompe S. 344 und Linde S. 130 auf Grund des Eigenthumsrechts des Adressaten an der beschädigten oder defekten abgelieferten Sendung. Vgl. über diese Frage auch Meili S. 145—149.

[121]) A. M. Höpfner a. a. O. S. 124. Müller S. 86, 87, 92.

[122]) L. 1 § 7 D. nautae (4, 9). Kompe 18 S. 373 Not. 136. Theilweise irrig Linde S. 113 ff., 123, 136, welcher fast ausschliesslich den Eigenthumsstandpunkt betont.

wird,[123]) da ist, wenn auch nicht berechtigt, so doch legitimirt zur Geltendmachung der Ersatzansprüche der Inhaber des Einlieferungsscheins. Doch kann die Post diese Legitimation anfechten, da ein solcher Schein ein blosses Legitimationspapier ist.[124]) Vermag der Absender bezw. der Adressat den Einlieferungsschein nicht vorzulegen, so wird die Einlieferung nicht als geschehen erachtet, wenn dieselbe nicht aus den Büchern oder Karten ersichtlich ist, oder wenn nicht in anderer Weise überzeugend dargethan wird, dass die Sendung als eine solche eingeliefert worden ist, für welche die Postverwaltung Gewähr leistet.[125])

Was die **Ersatzpflichtigkeit** anbelangt, so ist zu unterscheiden. Ist der Schaden durch eine deutsche Post oder durch eine solche auswärtige Beförderungsanstalt zugefügt worden, für welche die deutsche Post durch Konvention die Ersatzleistung ausdrücklich übernommen hat, so ist diejenige deutsche Post verantwortlich, in deren Gebiet die Einlieferung erfolgt ist. Und zwar muss der Anspruch gegen diejenige Oberpostdirektion oder sonstige mit deren Funktionen beauftragte Postbehörde[126]) als Vertreterin des Postfiskus gerichtet werden, in deren Bezirk der Einlieferungsort der Sendung liegt.[127]) Auf dem Reklamationswege kann jedoch der Entschädigungsanspruch bei jeder beliebigen Postanstalt angebracht werden, welche alsdann ohne Verzug die Reklamation der zuständigen Oberpostdirektion zu übersenden hat.[128]) Hat sich jedoch der Schaden auf einer auswärtigen Beförderungsanstalt zugetragen, für welche die deutsche Post nicht durch Konvention die Ersatzleistung ausdrücklich übernommen hat, so hat die deutsche Postverwaltung dem Absender bloss Beistand zu leisten, falls derselbe seine Ersatzansprüche gegen die auswärtige Beförderungsanstalt geltend macht.[129])

Die ersatzpflichtige Postverwaltung hat den Rückgriff gegen den schuldigen Postbeamten.[130]) Der Ersatzberechtigte braucht sich jedoch nicht mit der Abtretung dieses Regressanspruches zu begnügen. Auch hat die unschuldige ersatzleistende Postverwaltung den Rückgriff gegen die schuldige, d. h. gegen diejenige, in deren Bezirk der Verlust oder die Beschädigung entstanden ist. Als solche gilt bis zur Führung des Gegenbeweises diejenige Postverwaltung, welche die Sendung unbeanstandet übernommen hat und weder deren Ablieferung an den Adressaten noch gegebenen Falls die unbeanstandete Ueberlieferung

[123]) S. o. S. 545 Not. 28 u. Text dazu.

[124]) Kompe 18 S. 319, 320.

[125]) P.O. § 27 I. S. o. S. 547, 554 Text zu Not. 29 u. Not. 98.

[126]) In Bayern sind dies die Oberpostämter, in Württemberg die Generaldirektion der Posten und Telegraphen in Stuttgart. Dambach, P.G. § 13 Anm. 2 S. 67.

[127]) P.G. § 13. Uebereink. mit Bayern und Württemberg § 15 Abs. 1. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 16 Abs. 4, Art. 43 Abs. 1. Pariser Uebereink. v. 3. Nov. 1880 Art. 11 Z. 2 S. 1. Dambach, P.G. § 13 S. 66—70.

[128]) Postdienstinstrukt. zu P.G. § 13. Dambach a. a. O. Anm. 1 S. 66.

[129]) P.G. § 6 Abs. 3 lit. c. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 16 Abs. 8. Dambach, P.G. § 6 Anm. 20 S. 40, 41. S. o. S. 553 unter ε.

[130]) R.O.H.G. XVIII 22 S. 88 ff. Vgl. auch Müller S. 70.

an die folgende Verwaltung (la transmission régulière à l'administration suivante) nachweisen kann.[131]) Ist der Schaden durch einen **Dritten** zugefügt worden, so kann die ersatzleistende Postverwaltung nach allgemeinen Grundsätzen Klageabtretung vom Entschädigten verlangen, falls ihr nicht eine selbständige Klage zusteht, wie z. B. die actio furti.[132]) Und hat sie für verlorene Sachen dem Eigenthümer Ersatz geleistet, so tritt sie in alle Rechte des Eigenthümers ein.[133]) Doch muss man im Interesse der Billigkeit dem Absender das Recht einräumen, gegen Rückgabe der empfangenen Entschädigung die wiedergefundene verlorene Sache zurückzuverlangen, um so mehr als er in der nach der Deklaration oder dem Normalsatz bemessenen Entschädigungssumme sehr oft keinen vollen Ersatz erhält.[134]) Dagegen hat nicht auch umgekehrt die Post das Recht auf Rückforderung der Ersatzleistung gegen Rückgabe der wiederaufgefundenen Gegenstände.[135])

f. Der Entschädigungsanspruch gegen die Postverwaltung **erlischt:**

α. Insofern es sich um partiellen Verlust oder um Beschädigung handelt, durch **Annahme der Sendung ohne Erinnerung**, indem darin eine Approbation liegt.[136])

β. Schlechtweg durch **Verjährung**, d. h. **mit Ablauf von sechs Monaten** vom Tage der Einlieferung der Sendung an gerechnet, wobei der Einlieferungstag nicht mitgerechnet wird, so dass zur Vollendung der Verjährung der durch seine Zahl dem Einlieferungstage entsprechende Tag bezw. der letzte Tag des sechsten

---

[131]) Uebereink. mit Bayern und Württemberg § 15 Abs. 2, 3; Ausnahme: Abs. 4, 5. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 43 Abs. 4, 5; Ausnahme: Abs. 6, 7. Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 8 Z. 1 Abs. 3, 4; Ausnahme: Z. 3. Pariser Uebereink. v. 3. Novbr. 1880 Art. 11 Z. 2, 3; Ausnahme: Z. 6. Ueber das „unbeanstandet übernommen" vgl. Kompe 18 S. 377—387.

[132]) S. o. § 340 S. 345, 346.

[133]) Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 8 Z. 2. S. o. § 340 S. 345. — Zu derselben Konsequenz kommt man bei deklarirten Sendungen vom Versicherungsstandpunkte aus. Vgl. H.G.B. Art. 863 Abs. 2, 3. Preuss. A. L.R. II 8 § 2215, 2277; vgl. I 16 § 46. Span. H.G.B. Art. 425, 884. Wetboek art. 284. Pardessus n°. 595.

[134]) Dambach, P.G. § 6 Anm. 8 S. 35. Bei ausdrücklichem Vorbehalt ist dies Rückforderungsrecht selbstverständlich; vgl. Regl. § 30 Abs. 2, § 64 Abs. 7, 8; s. o. § 340 S. 345. Nach dem Versicherungsstandpunkte tritt bei unterwerthiger Deklaration Miteigenthum ein; vgl. H.G.B. Art. 863 Abs. 3. Vgl. auch W. Koch, Eisenbahnen II S. 222 Not. 16.

[135]) Gad S. 72, 73. Irrig W. Koch a. a. O. S. 221 Not. 15 mit Rücksicht auf die von ihm missverstandene l. 2 D. de cond. sine caussa (12, 7), in welcher Stelle der Schwerpunkt der Entscheidung auf „posteaque dominus invenerit vestimenta" liegt. Denn selbstverständlich kann die Post auf Rückgabe des geleisteten Ersatzes klagen, wenn der Entschädigte nachträglich zufälliger Weise wieder in den Besitz der verlorenen Gegenstände kommen sollte, wobei es ihm jedoch freisteht, der Post diese Gegenstände zu überlassen. L. 2 cit. verb. m. arg. l. 17 § 5 D. commod. (13, 6). Ueber die praktische Bedeutung dieses Wahlrechts s. Kompe 18 S. 350.

[136]) H.G.B. Art. 421 Abs. 2 verb. mit Art. 408 Abs. 1, 2, Art. 449 verb. m. Art. 610. Das Nähere s. o. § 343 S. 366 ff. Vgl. auch Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 8 Z. 4, Pariser Uebereink. v. 3. Novbr. 1880 Art. 11 Z. 7.

Monats abgelaufen sein muss.[137]) Diese Verjährung wird nicht bloss durch **Klageerhebung,**[138]) sondern auch durch jede gleichgiltig in welcher Form stattfindende **Anbringung der Reklamation** bei der für die Entgegennahme von Klagen kompetenten Postbehörde unterbrochen. Ergeht hierauf eine abschlägige Bescheidung, so beginnt vom Empfange derselben eine neue sechsmonatliche Verjährung, welche durch eine Reklamation gegen jenen Bescheid bei der höheren Verwaltungsinstanz nicht unterbrochen wird.[139])

Um die rechtzeitige Geltendmachung der Ersatzansprüche zu ermöglichen, haben die Postanstalten darauf Bedacht zu nehmen, dass dem Adressaten, und sofern der Absender bekannt ist oder ermittelt wird, auch diesem von dem Verlust oder der Beschädigung schleunig Kenntniss gegeben werde.[140])

III. **Rechte der Post.**

1. Die Post hat einen Anspruch auf die **tarifmässigen Gegenleistungen.** Diese Gegenleistungen sind wegen der privatwirthschaftlichen Form des Postbetriebs lediglich **privatrechtlicher** Natur und haben durchaus nicht den Charakter einer Steuer, obschon die Post rückständige Gebühren nach den für die Beitreibung öffentlicher Abgaben bestehenden Vorschriften exekutivisch einziehen kann.[141])

a. Dieselben umfassen:

α. Die **Beförderungsgebühren.** Bei **nicht-deklarirten Sendungen** besteht die Beförderungsgebühr aus dem **Porto,**[142]) bei Packeten berechnet nach dem Gewicht der Sendung und der Entfernung des Bestimmungsorts; dazu kommt

---

[137]) P.G. § 14 S. 1. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 16 Abs. 5 S. 1, Art. 43 Abs. 2. Arg. W.O. Art. 32, H.G.B. Art. 328, C.P.O. § 200. – R.O.H.G. III 86 S. 417—419. Gelpcke i. s. Zeitschr. f. H.R. 3. H. S. 98—101. Dambach, P.G. § 14 Anm. 4 S. 72. A. M. Kompe 18 S. 375, 376. Thöl, W.R. § 330 Nr. 5. — Auf dem Weltpostgebiete ist die Verjährungszeit 1 Jahr. Weltpostvertr. Art. 6 Abs. 8. Pariser Uebereink. vom 1. Juni 1878 Art. 8 Z. 1 Abs. 6. Pariser Uebereink. v. 3. Novbr. 1880 Art. 11 Z. 5. — Der Anspruch gegen den schuldigen Beamten verjährt in der gewöhnlichen Zeit. Kompe 18 S. 348, 375.

[138]) P.G. § 14 S. 2 vbd. mit Einf.Ges. z. C.P.O. § 13 Abs. 2 Z. 4. Ueber diese und die Unterbrechung überhaupt s. o. § 343 II 3 S. 371, 372.

[139]) P.G. § 14 S. 2. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 16 Abs. 5 S. 2, 3. Dambach a. a. O. Anm. 5—8 S. 72, 73. Vgl. auch Müller S. 174. Gad S. 109. Irrig hält Gad S. 100 die Reklamation zur Begründung der Klage für nothwendig.

[140]) Postdienstinstr. zu P.G. § 14. Kompe 18 S. 344—346.

[141]) P.G. § 25. — Vgl. besonders Kompe XI S. 55 ff. Mandry S. 348. A. M. Linde S. 48, 71. — Weil die Postgebühren keine „öffentlichen Abgaben" sind, desshalb hat die Post auch nicht das Vorrecht der K.O. § 54 Z. 2. Dambach, P.G. § 25 Anm. 6 S. 93, 94.

[142]) P.T.G. § 1; R.G. v. 3. Nov. 1874; P.O. § 32 X S. 1 (Briefe). R.G. v. 17. Mai 1873 § 1; P.O. § 32 XI, § 38 III, § 39 VII (Packete). P.O. § 12 VI, § 32 XI (Postkarten). P.O. § 13 VIII, IX, XI, XIII, § 32 XI (Drucksachen). P.O. § 14 VI, VII, § 32 XI (Waarenproben). P.O. § 24 VI, VII (Taxe für die den Landbriefträgern und Packetbestellern zur Aufgabe mitgegebenen Sendungen). Werden Briefe oder andere Gegenstände vom Absender an eine Postanstalt zum Vertheilen kuvertirt, so kommt für jede im Kuvert enthaltene Sendung das tarifmässige Porto in Ansatz, P.T.G. § 5.

bei dringenden Packetsendungen noch eine **Einlieferungsgebühr.**[143]) Bei **deklarirten** Sendungen ist die Beförderungsgebühr zusammengesetzt aus dem Porto und der **Versicherungsgebühr** (Werthporto).[144]) Bei **Einschreibsendungen** tritt zum Porto die **Einschreibgebühr,** und wenn der Absender einen Rückschein, d. h. eine vom Adressaten auszustellende Empfangsbescheinigung haben will, so tritt noch eine weitere Gebühr für die Beschaffung des Rückscheins, die **Rückscheinsgebühr,** hinzu; dazu kommt bei Einschreibbriefsendungen, die ausserhalb der Dienststunden angenommen werden, noch eine besondere **Einlieferungsgebühr.**[145]) Bei **Schreiben mit Behändigungsschein** werden erhoben: das gewöhnliche Briefporto, wozu im Falle der Einschreibung die gewöhnliche Einschreibgebühr hinzutritt, sodann eine **Behändigungsgebühr** und das Porto für die Rücksendung des Behändigungsscheins.[146]) Bei **Nachnahmesendungen** kommt zum Porto eine **Nachnahmegebühr.**[147]) Bei **Estafettensendungen** ist die Beförderungsgebühr aus einer ganzen Reihe von Sätzen kombinirt: Porto, **Abfertigungsgebühr, Pferdegeld, Rittgebühr, Wagengeld** bezw. bei streckenweiser Eisenbahnbeförderung **Personengeld** für Hin- und Rückreise und **Tagegelder.**[148])

β. Die **Bestellgebühr,** soweit eine solche noch statthaft ist.[149])

b. Einige dieser Gebühren werden stets vom Absender bei der Aufgabe erhoben bezw. durch Hinterlegung einer entsprechenden Summe sicher gestellt;[150]) bei andern ist es dem Belieben des Absenders anheimgestellt, ob er sie ebenfalls vorausbezahlen oder ob er deren Entrichtung dem Empfänger überlassen will;[151])

---

143) P.O. § 11 a III S. 2.

144) R.G. v. 17. Mai 1873 § 2. P.O. § 29 VII, § 38 III, § 39 VII. Ist irrthümlich zu hoch deklarirt worden, so ist die Post auch dann nicht zur Erstattung des entsprechenden Theils der Versicherungsgebühr verpflichtet, wenn sie die zu hohe Deklaration geltend macht. P.O. § 6 III a. E.

145) P.O. § 15 III, IV, § 25 XI, § 32 X S. 3.

146) P.O. § 22 II, § 32 X S. 2, § 35 III.

147) P.O. § 18 VIII.

148) P.O. § 45 IX—XVIII.

149) P.T.G. § 8 Abs. 1; vgl. auch Abs. 2. — P.O. § 21 V—VIII, X (Eilbestellgeld); § 22 II Abs. 1 Z. 2 (Behändigungsgebühr); § 32 III—VIII, XI, XIII (Bestellgeld für Packete, Werthsendungen, Einschreibbriefe und Postanweisungen, Zeitungen und Zeitschriften); § 44 VIII (Gebühr für die Vermittelung eingehender Sendungen durch verschlossene Taschen); § 45 XVII (Estafettenbestellgeld). Vgl. auch P.O. § 17 V Abs. 2 lit. d, § 38 IV.

150) P.O. § 12 V (Postkarten); § 13 VIII (Drucksachen); § 14 VI (Waarenproben); § 15 IV a. E. (Rückscheinsgebühr); § 24 VI, VII (Nebengebühren für die von Landbriefträgern und Packetbestellern eingesammelten Sendungen); § 25 XI S. 3 (Einlieferungsgebühr bei ausserzeitigen Einschreibbriefsendungen); § 44 VIII (Gebühr für die Vermittelung aufzugebender Sendungen durch verschlossene Taschen); § 45 XIX (Estafettengebühren); vgl. § 16 II, § 17 V, § 18 IX S. 2, § 19 XI, § 20 XI, § 20 a 1, § 32 XIII.

151) P.T.G. § 1 (Briefporto); R.G. v. 17. Mai 1873 § 1 (Packetporto); P.O. § 15 III verb. m. § 44 I (Einschreibgebühr); § 18 IX (Nachnahmegebühr, wenn die Sendung selbst unfrankirt ist); § 21 II, VIII, IX (Eilbestellgebühr); § 22 II, § 35 III (Gebühren bei Schreiben mit Behändigungsschein); § 45 XIX (Bestellgebühr bei Estafettensendungen); vgl. § 17 V.

wieder andere werden dem Adressaten in Ansatz gebracht.[152]) Zur Frankirung der durch die Briefkasten einzuliefernden Gegenstände müssen Postwerthzeichen und zwar solche der Postverwaltung der Aufgabestation verwendet werden.[153]) Bei andern Sendungen wird bald durch Werthzeichen bald durch Baarerlag frankirt.[154]) Reicht das am Abgangsorte entrichtete Franko nicht aus, so wird der Ergänzungsbetrag und bezw. das Zuschlagsporto vom Adressaten erhoben. Verweigert der Adressat die Annahme der Sendung, oder kann er nicht ermittelt werden, so hat der Absender für alle Gebühren bezw. für den Ergänzungsbetrag derselben aufzukommen. Dereliktion der Sendung befreit ihn nicht.[155]) Er haftet demnach persönlich und zwar auf Grund einer **obligatio ex lege.** Selbstverständlich hat er auch die betreffenden Gebühren zu tragen, wenn er die bereits abgesandte Sendung zurückfordert,[156]) sowie wenn auf seine Veranlassung hin eine Rücksendung gemacht wird.[157]) Hat aber der Adressat die Sendung angenommen, so ist dieser prinzipiell zur Entrichtung sämmtlicher Gebühren bezw. des Ergänzungsbetrages derselben verpflichtet und kann sich durch spätere Rückgabe der Sendung nicht befreien.[158]) Er haftet demnach ebenfalls persönlich, aber auf Grund einer **Kontraktsobligation;** denn die Auslieferung der Sendung an den Adressaten vor Entrichtung der darauf haftenden Gebühren ist ein nach jeder Beziehung hin individualisirtes Rechtsgeschäft. Andererseits kann sich die Post, welche die Sendung an den Adressaten ausgehändigt hat, nun nicht mehr wegen der nicht bezahlten Postgefälle an den Absender halten.[159])

c. Soweit die Gebühren nicht vorausbezahlt werden, sind sie vor der Aushändigung der Sendungen an den Adressaten bezw. Absender zu entrichten. Die Post hat derentwegen ein **Retentionsrecht.**[160]) Ausnahmsweise soll jedoch

---

[152]) P.O. § 13 IX (Zuschlagsporto für unzureichend frankirte Drucksachen); § 14 VII (Zuschlagsporto für unzureichend frankirte Waarenproben).

[153]) P.O. § 44 I, III. Solche sind: Freimarken, gestempelte Briefumschläge, gestempelte Postkarten, gestempelte Streifbänder, gestempelte Postanweisungen. P.T.G. § 9. P.O. § 43. Uebereink. mit Bayern und Württemberg § 7. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 10 Abs. 1, 2. Weltpostvertrag Art. 8 Abs. 1.

[154]) P.O. § 13 XI, XIII, § 24 VI, VII, § 32 XIII, § 35 III, § 45 XIX.

[155]) P.O. § 44 IV, II S. 3, 4, § 21 X a. E., § 35 III, § 39 VII.— Kommt es zum Verkauf der nicht angenommenen Sendung und reicht der Erlös nicht hin, um die Postgebühren zu bestreiten, so ist der Absender zur Zahlung des fehlenden Betrages verpflichtet.

[156]) P.O. § 29 VII.

[157]) P.O. § 20 XI, § 29 VII, § 35 III; vgl. § 19 XI, XII.

[158]) P.O. § 44 VI S. 1. H.G.B. Art. 406. Eine Ausnahme machen die Staatsbehörden als Adressaten, P.O. § 44 VI S. 2. — Ueber die richtige Konstruktion dieses Vertragsverhältnisses s. o. § 346 S. 409 ff. Unrichtig Laband S. 343—345.

[159]) Dieser Satz ist nicht direkt in den Quellen des Postrechts ausgesprochen. Aber er ergibt sich einmal aus der Analogie des gewöhnlichen Frachtgeschäfts nach H.G.B. Art. 412 und sodann indirekt per arg. a contrario aus der P.O. § 44 IV. Vgl. auch Laband S. 345. Mandry S. 348 Not. 5. Ausnahmen: 1. P.O. § 35 I Z. 5 S. 1; 2. P.O. § 44 II S. 3, 4; 3. P.O. § 44 VI S. 2. Jedoch sind dieselben ungiltig. S. das im Text unter c Ausgeführte.

[160]) P.T.G. § 6. Kompe 18 S. 326.

der Adressat die Auslieferung unzureichend frankirter Sendungen aus dem Inlande ohne Portozahlung verlangen können, wenn dieselben nicht gewöhnliche Briefe Drucksachen oder Waarenproben sind, und wenn er den Absender namhaft macht und bezw. den Briefumschlag oder eine Abschrift davon zurückzunehmen gestattet. Allein diese Bestimmung der P.O. § 44 II S. 3 widerspricht der unzweideutigen Vorschrift des Posttaxgesetzes § 6 und kann desshalb keine Rechtsgiltigkeit in Anspruch nehmen, so dass der Absender durch Auslieferung der unzureichend frankirten Sendung jedenfalls frei wird.[161]) Es können jedoch die Gefälle auch **gestundet** und eine terminweise Regulirung zwischen der Postanstalt und dem Adressaten bezw. Absender verabredet werden.[162]) Nachforderung an zu wenig bezahltem Porto ist der Korrespondent, d. h. der Absender oder Adressat, nur dann zu berichtigen verbunden, wenn solche innerhalb eines Jahres nach der Aufgabe der Sendung angemeldet wird.[163]) Rückständige Gebühren kann die Post nach den für die Beitreibung öffentlicher Abgaben bestehenden Vorschriften **exekutivisch** einziehen lassen, und zwar vom Adressaten, wenn er die Sendung angenommen hat, ausserdem nur vom Absender. Glaubt der Exequirte, dass er die beigetriebenen Beträge nicht schuldig ist, so kann er den Rechtsweg gegen die betreffende Oberpostdirektion betreten, und dann muss die Post den Beweis der Schuld führen.[164])

d. Für Sendungen, welche erweislich auf der Post verloren gegangen sind, sowie für Sendungen, deren Annahme wegen einer von der Postverwaltung zu vertretenden Beschädigung verweigert worden ist, wird kein Porto bezahlt bezw. das etwa bezahlte restituirt.[165]) Dagegen kann das vorausbezahlte Porto nicht verhältnissmässig zurückverlangt werden bei Aushändigung von Postsendungen an Unterwegsorten.[166]) Hat Verzögerung einer Eil- oder Estafettensendung stattgefunden und ist dieselbe von der Post zu vertreten, so hat die letztere keinen Gebührenanspruch bezw. sie muss die bezogenen Gebühren restituiren.[167])

e. Gewisse Personen haben das Privilegium der **Portofreiheit.**[168]) Doch

---

[161]) Vgl. auch Laband S. 346 Not. 2.

[162]) P.T.G. § 6. Für die Stundung ist eine monatliche Stundungsgebühr zu entrichten, P.O. § 44 VII.

[163]) P.T.G. § 7. Laband S. 347.

[164]) P.G. § 25. Dambach, P.G. § 25 S. 91—94.

[165]) P.O. § 44 V. — Anders beim Frachtführer; s. o. § 340 S. 339, 340. — Die Restitutionsklage ist aber nicht die Vertragsklage, wie Kompe 18 S. 338 unter Anziehung von l. 15 § 6, l. 19 § 6, l. 30 § 1 D. locati (19, 2) meint, sondern die condictio caussa data caussa non secuta. Vgl. Windscheid § 427 Not. 2 u. Text.

[166]) P.O. § 30 II S. 2.

[167]) Kompe 18 S. 358.

[168]) Vgl. Laband S. 342. Massgebend sind das Nordd. B.Ges., jetzt R.Ges. v. 5. Juni 1869 nebst Regulativ über die Portofreiheiten (abgedruckt im Handbuch für Post u. Telegraphie, Berlin 1883 S. 204—212) für den internen Verkehr des Reichspostgebiets und für den Wechselverkehr der drei deutschen Postverwaltungen unter einander, sodann die Staatsverträge und Konventionen für den internationalen Verkehr (zusammengestellt im Handbuch für Post und Telegraphie S. 213, 214). Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 23, 41. Weltpostvertrag Art. 8 Abs. 2.

involvirt die Portofreiheit nicht die Freiheit von allen Gebühren.[169]) Auch bleibt der Reichspostverwaltung das Recht vorbehalten, mit Staatsbehörden sich über die Zahlung von Aversionalsummen zu einigen.[170])

2. Die Post hat einen Anspruch auf Ersatz der von ihr auf die Sendung gemachten **Auslagen** und **Verwendungen.**[171])

3. Die Post hat zum Schutze ihrer Ansprüche ein **gesetzliches Pfandrecht** an der Sendung.[172]) Nur kann sie dasselbe nicht im Widerspruch mit den ihr bei Unbestellbarkeit obliegenden Verpflichtungen geltend machen.[173])

IV. Was speziell das **Rechtsverhältniss zwischen dem Absender und der Post** betrifft, so ist noch Folgendes zu bemerken:

1. Der Absender kann die eingelieferten Sendungen vor deren Zustellung an den Adressaten zurückfordern. Die Zurücknahme kann erfolgen sowohl am Ort der Aufgabe als auch am Bestimmungsort, ausnahmsweise, insofern dadurch keine Störung des Dienstes herbeigeführt wird, auch an einem Unterwegsort. Die Rückgabe geschieht an den Rücklieferer des Einlieferungsscheins, und wo kein solcher ausgestellt worden ist, an den Abgeber eines Duplikates der Adresse, welches von derselben Hand wie die Adresse ausgefertigt ist. Ist die zurückverlangte Sendung noch nicht abgegangen, so wird von der Postanstalt das Franko bei Rückgabe des Briefumschlags bezw. der Begleitadresse erstattet. Ist die Sendung bereits abgegangen, so kann sie entweder durch ein Verlangschreiben der Aufgabepost oder durch telegraphische Depesche zurückverlangt werden; dabei muss im Telegramm von der Postanstalt des Aufgabeorts amtlich bescheinigt sein, dass der Absender sich bei ihr als Rückforderungsberechtigter legitimirt habe. Für die Rücksendung kommt ein **Rückporto** in Ansatz.[174])

2. In einigen Fällen hat die Post dem Absender eine Empfangsbescheinigung des Adressaten zu verschaffen. Dahin gehört der **Rückschein** bei Einschreibsendungen[175]) und der **Behändigungsschein** bei Schreiben mit Behändigungsschein.[176])

3. Im Falle der Unbestellbarkeit der Postsendungen hat die Post die postordnungsmässigen Massregeln zu ergreifen und ist dem Absender dafür verantwortlich.[177])

4. Der Absender haftet der Post auf Ersatz des Schadens, den er ihr bezw. einem andern Interessenten durch ein gesetz- oder postordnungswidriges Verfahren zugefügt hat.[178])

---

[169]) Gewöhnlich wird das Bestellgeld erhoben, P.O. § 32 VIII, XII, dagegen nicht die Gebühr für Laufschreiben, P.O. § 41 IV. Das Nähere bestimmt Regulativ Art. 13.

[170]) R.Ges. v. 5. Juni 1869 § 11.

[171]) Z. B. Steuern, Zölle, Verpackung. P.O. § 7 VI.

[172]) H.G.B. Art. 421 Abs. 2 verb. m. Art. 409, Art. 449 verb. m. Art. 624, 626, 629. Dambach, P.G. § 25 Anm. 3 S. 93.

[173]) Laband S. 346 Not. 5.

[174]) P.O. § 29.

[175]) P.O. § 15 IV.

[176]) P.O. § 22 I, § 35 I Z. 3, 4, II verb. m. C.P.O. § 178.

[177]) S. o. S. 550.

[178]) P.O. § 10 III, § 11 III S. 3, § 23 III S. 2.

V. Das **spezielle Rechtsverhältniss zwischen der Post und dem Adressaten** ist folgendes:

1. Der Adressat hat einen Anspruch auf Auslieferung der am Bestimmungsort angekommenen Postsendung, unter Umständen sogar auf Auslieferung an einem Unterwegsort.[179]) Dieser Anspruch ist ein Ausfluss der gesetzlichen Verbindlichkeit der Post, die ihr vom Absender aufgegebene Sendung an den Adressaten zu bestellen.[180]) Da aber der Absender die Sendung vor der Zustellung an den Adressaten zurücknehmen kann, so ergibt sich daraus, dass dieser Anspruch nicht auf einem selbständigen Forderungsrechte des Adressaten, sondern nur auf einer Befugniss desselben beruht, das Forderungsrecht des Absenders geltend zu machen.[181]) Weil der Adressat einen Auslieferungsanspruch hat, so haben einen solchen auch seine Erben, und desshalb wird in Folge seines Todes die Sendung nicht unbestellbar.[182]) Der Adressat kann die Auslieferung jedoch nur gegen Entrichtung der unbezahlten Postgefälle verlangen.[183])

2. Hat die Post dem Adressaten die Begleit- oder Ablieferungspapiere zugestellt,[184]) so hat der Letztere einen selbständigen und ausschliesslichen Anspruch auf Auslieferung der Sendung.

3. Durch Annahme der Sendung wird der Adressat persönlich zur Zahlung der unbezahlten Postgefälle verpflichtet.[185]) Dessgleichen muss er die postordnungsmässig zurück- oder auszustellenden Papiere hergeben.[186])

§ 368.

2. Das modifizirte Postfrachtgeschäft.

Beim modifizirten Postfrachtgeschäft tritt zu dem gewöhnlichen Postfrachtgeschäft ein anderweitiges Geschäft bald bloss in äussere, bald gleichzeitig auch in innere Verbindung. Ein modifizirtes Postfrachtgeschäft liegt jedoch nur dann vor, wenn jedes der verbundenen Geschäfte um seiner selbst willen vorgenommen wird, und der Transport nicht etwa bloss Mittel zum Zweck ist, wie bei der

[179]) P.O. § 30 I, § 44 II S. 3. H.G.B. Art. 405.

[180]) Laband S. 333. Mandry S. 346, 347. Linde S. 118, 124, 125, 130 leitet den Anspruch des Adressaten einerseits aus der publizistischen Natur der Postverpflichtungen, anderseits aus negotiorum gestio ab; Bähr in Jherings Jahrbb. VI S. 140, 142, 146—148, 164, 170 aus seinem Vertrag zu Gunsten Dritter. S. auch o. S. 558 Not. 120. — Den Anspruch des Adressaten verneinen: Schellmann S. 25—27; Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 121, 122; Goldschmidt I 2 S. 751 Not. 41 g; Dambach, P.G. § 6 Anm. 2 S. 32.

[181]) Vgl. o. § 346 S. 402 ff.

[182]) A. M. Kompe 18 S. 351 u. Not. 110.

[183]) P.T.G. § 6. Ausnahme: P.O. § 44 II S. 3. Ueber deren Ungiltigkeit s. o. III 1 c S. 564.

[184]) S. o. S. 547 Text zu Not. 43.

[185]) S. o. S. 563 Text zu Not. 158.

[186]) P.O. § 3 VI (Rückgabe der Postpacketadresse), § 34 VII (Quittirung des Ablieferungsscheins u. dgl.), § 40 II S. 2 (Rückgabe des Einlieferungsscheins bei der Wiederaushändigung der Sendung an den Absender), § 45 VIII S. 4 (Quittung des Abnehmers einer Estafettensendung nebst Bescheinigung der Stunde des Empfangs).

Postanweisung und beim Postauftrag der Transport des ausgefüllten Formulars. Wir rechnen hierher nachstehende Geschäfte:

1. **Die Beförderung von Schreiben mit Behändigungsschein und von Einschreibsendungen gegen Rückschein.**

Zu einem **Behändigungsschein** kommt es, wenn der Absender eines gewöhnlichen oder eingeschriebenen Briefes eine postamtliche Bescheinigung über die erfolgte Bestellung haben will. In diesem Falle muss dem Briefe ein gehörig ausgefüllter Behändigungsschein äusserlich beigefügt und in der Aufschrift vermerkt werden: „Mit Behändigungsschein;" der Behändigungsschein selbst ist vom Absender mit der für die Rücksendung erforderlichen Adresse zu versehen.[1]) Bezüglich der Bestellung ist zu unterscheiden:

a. Ist das Schreiben ein **aussergerichtliches,** so kommen die Bestimmungen der Postordnung in Anwendung. Insbesondere muss der bestellende Bote den Behändigungsschein dem Adressaten oder in dessen Abwesenheit einem legitimirten Vertreter desselben vorlegen und durch Namensunterschrift den Empfang des Schreibens anerkennen lassen. Verweigert aber der Angegangene die Bescheinigung des Empfangs, so ist dies von dem bestellenden Boten auf dem Behändigungsscheine unter näherer Angabe des Grundes zu vermerken.[2])

b. Ist das Schreiben ein **gerichtliches,** so greifen die Zustellungsbestimmungen der Civilprozessordnung Platz. In diesem Falle vertritt die Post als Zustellungsbeamter den Gerichtsvollzieher. Insbesondere hat der Postbote über die stattgehabte Zustellung eine Urkunde aufzunehmen.[3])

Will der Absender einen **Rückschein,** d. h. eine vom Adressaten auszustellende Empfangsbescheinigung haben, so muss ein solches Verlangen durch die Bemerkung: „Rückschein" in der Adresse ausgedrückt sein; auch muss der Absender sich namhaft machen oder angeben, an wen der Rückschein abzuliefern ist.[4])

In beiden Fällen liegt eine Kombination von Frachtgeschäft und Geschäftsbesorgung vor.

2. **Der Zeitschriften- und Zeitungsdebit.** Gegenstand desselben ist die Annahme und Ausführung von Abonnements auf Zeitungen, Zeitschriften und Anzeigeblätter. Die hierzu nöthigen Geschäfte vertheilen sich zwischen den Absatz- (Debits-) und den Verlagspostanstalten. Die **Absatz- oder Debitspostanstalten** besorgen die Annahme der Abonnements seitens des Publikums oder seitens einer fremden Postanstalt, die Einziehung der Abonnementsgelder, die Beschaffung der Zeitungen Zeitschriften und Anzeigeblätter durch Vermittelung der betreffenden Verlagspostanstalt, die Aushändigung derselben an die Abonnenten, die Abführung der erhobenen Gelder im Wege der Abrechnung und die mit

[1]) P.O. § 22.

[2]) P.O. § 35 I.

[3]) P.O. § 35 II. C.P.O. § 176—178, 221 Abs. 2 S. 3, § 683 Abs. 2 S. 1, § 730 Abs. 2 S. 3, 4. K.O. § 69 Abs. 1. Str.P.O. § 37.

[4]) P.O. § 15 IV. Weltpostvertrag Art. 6 Abs. 3: „avis de réception". Pariser Uebereink. v. 1. Juni 1878 Art. 5 Z. 1.

dem Debit verbundene Buchführung. Die **Verlagspostanstalt** sammelt die bei den Debitspostanstalten gemachten Abonnements, theilt dieselben dem Verleger mit, überweist die vom Verleger empfangenen Exemplare an die Debitspostanstalten, zieht die Abonnementsgelder von den Debitspostanstalten ein, befriedigt den Verleger und berechnet die Provision. Die Namen der Abonnenten werden nur bei den Debitspostanstalten verzeichnet, während der Verlagspostanstalt bloss die Anzahl der bestellten Exemplare ohne Nennung der Abonnenten mitgetheilt wird. Der Abonnent hat an die Post den sog. **Erlasspreis** zu pränumeriren, der sich zusammensetzt:

a. aus dem Einkaufspreis der Zeitschriften, Zeitungen und Anzeigeblätter;

b. aus der Provision;[5])

c. aus dem Bestellgeld.[6])

Dazu kommen bei ausländischen Zeitschriften und Zeitungen:

d. die etwaige ausländische Steuer;

e. das fremde Porto bezw. der Stempel, sowie das etwaige Umschlags- (Kuvert)geld.[7])

Der Postdebit ist ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Er ist zusammengesetzt aus Geschäftsbesorgung und Frachtgeschäft. Die Post ist nämlich kraft des Postgesetzes[8]) verpflichtet:

a. **Verkäufe Namens der Verleger abzuschliessen.** Diese Verkäufe sind Lieferungsgeschäfte.

b. **Die Abonnementsgelder Namens der Verleger einzukassiren.**

c. **Die einzelnen Lieferungen für die Verleger vorzunehmen.**

Die letzte Verpflichtung ergibt sich aus ihrer gesetzlichen Frachtobligation. Indem sie diese erfüllt, erfüllt sie gleichzeitig für den Verleger dessen Verkaufsobligation gegenüber dem Abonnenten. Dagegen sind die beiden ersteren Verpflichtungen Ausflüsse einer besonderen gesetzlichen Obligation. Da aber diese Obligation den Abschluss von Rechtsgeschäften seitens der Post Namens des Verlegers zum Inhalte hat, so steht der Post kraft Gesetzes auch die entsprechende Vollmacht zum Abschluss dieser Rechtsgeschäfte zu. Sie hat desshalb einmal eine gesetzliche Verkaufsvollmacht und obligirt als Verkaufsbevollmächtigter den Verleger durch Annahme der Abonnements. Sie hat sodann eine gesetzliche

[5]) Dieselbe beträgt 25 Prozent des Einkaufspreises mit der Ermässigung auf 12½ Prozent bei Zeitungen, die seltener als monatlich viermal erscheinen; doch geht dieselbe niemals unter den jährlichen Betrag von 40 Pf. (4 Sgr.) herunter. P.T.G. § 10.

[6]) P.O. § 32 XIII. Verlangt der Abonnent während der Abonnementszeit die Ueberweisung auf eine andere Postanstalt, so hat er eine Ueberweisungsgebühr zu entrichten, P.O. § 38 IV. Bestellschreiben auf Nachlieferung bereits erschienener bzw. auf nochmalige Lieferung einzelner fehlender Nummern: P.O. § 42.

[7]) Allgem. Dienstanw. für Post und Telegraphie, Abschn. V Abth. 3 insb. § 1, 8, 14, 25 (in B. II ersch. in Berlin 1881). Posttransportordnung für das Königreich Bayern § 40—61. Instruktion über den Postbetrieb zwischen dem Deutschen Reich und Oesterreich-Ungarn § 12—18 (im Handbuch für den Wechselverkehr S. 106—111). R.O.H.G. XXIII 4 S. 11—13. Rösler S. 466 Not. 5.

[8]) P.G. § 3 S. 3. Dambach, P.G. § 3 Anm. 9 S. 22. Vgl. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 24.

Inkassovollmacht und liberirt als Inkassobevollmächtigter den Abonnenten durch Entgegennahme der Abonnementsgelder. Von einem konstitutiven obligatorischen Vertrage, sei es zwischen Post und Verleger, sei es zwischen Post und Abonnent, ist nirgends die Rede. Wenn der Verleger seine formularmässige Erklärung über die Bedingungen, unter welchen er seinen Verlagsartikel an die Postverwaltung ablassen will, mittheilt, so liegt darin nicht etwa ein Generalmandat desselben an die Post, Verkäufe vorzunehmen und die Kaufgelder einzukassiren, sondern er schafft dadurch nur die Voraussetzung, unter welcher die gesetzliche Obligation der Post wirksam wird. Und wenn der Abonnent seine Bestellung aufgibt und die Post dieselbe annimmt, so liegt darin allerdings der Abschluss eines konstitutiven obligatorischen Vertrags, aber nicht zwischen Abonnent und Post, sondern zwischen Abonnent und Verleger. Desshalb ist es nicht richtig, wenn das R.O.H.G. den Zeitungsdebit für eine Verbindung von Frachtgeschäften mit Mandatsgeschäften von der Art der buchhändlerischen Kommissionsgeschäfte erklärt,[9]) obschon allerdings ein analoges, aber auf Gesetz beruhendes Rechtsverhältniss vorliegt. Noch viel weniger ist der Zeitungsdebit ein gewöhnliches Kommissionsgeschäft, weder eine Verkaufskommission für Rechnung des Verlegers,[10]) noch eine Einkaufskommission für Rechnung des Abonnenten,[11]) da die Post nicht in eigenem Namen kontrahirt.

3. **Die Postnachnahme.** Die Postnachnahme ist wie jede Nachnahme eine Modifikation des Frachtgeschäfts, welche die rechtliche Natur der Nachnahme überhaupt theilt und eine Verstrickung der Nachnahmesendung bewirkt.[12]) Im Einzelnen gibt die P.O. folgende Bestimmungen:

a. Postnachnahmen sind regelmässig bloss bis zum Betrage von 150 M. zulässig. Nur wenn es sich um Beförderungsauslagen und ähnliche auf Sendungen haftende Kosten handelt, sind auch Nachnahmen zu einem höheren Betrage zulässig.[13])

b. Die Auflage der Nachnahme muss in der Aufschrift der Sendung und bei Packeten gleichzeitig auch auf der Begleitadresse angebracht sein.[14])

c. Eine Verauslagung der Nachnahme (Postvorschuss) findet nicht statt.[15]) Vielmehr erhält der Absender über den Betrag eine Bescheinigung. Und ist über die Sendung ohnehin ein Einlieferungsschein zu verabfolgen, wie bei Einschreib- und Werthsendungen, so wird der Nachnahmebetrag in diesen Schein mit aufgenommen.[16])

[9]) R.O.H.G. a. a. O. S. 19. Dambach, P.G. § 3 Anm. 4 S. 19, 20.

[10]) A.G. Köln v. 28. April 1871 bei Dambach 3. Aufl. S. 14. Rösler a. a. O. Meili S. 103.

[11]) Gad S. 35 Not. 19.

[12]) P.O. § 18 V. — S. o. § 347 II S. 414 ff.

[13]) P.O. § 18 I S. 1, II.

[14]) P.O. § 18 III, § 4 III, § 5 III, § 6 IV.

[15]) P.O. § 18 I S. 2. Ausnahmsweise geschah dies nach der P.O. v. 18. Dezbr. 1874 § 19 IV a. E.

[16]) P.O. § 18 IV, § 24 V.

d. Löst der Adressat die Nachnahmesendung ein, so wird der Betrag dem Absender von der Bestimmungspostanstalt mittels Postanweisung ohne Abzug übermittelt. Löst er sie nicht innerhalb 7 Tagen nach dem Eingange ein, so wird sie der Aufgabepostanstalt zurückgesandt und von dieser dem Absender gegen Rückgabe der Nachnahmebescheinigung bezw. des Einlieferungsscheines wieder ausgehändigt. Die Post haftet dem Absender also alternativ auf Auszahlung des Nachnahmebetrags oder auf Rücklieferung der Sendung unter der Bedingung der Einlösung bezw. der Nichteinlösung der Nachnahme.[17])

e. Die Post hat als Vergütung für die Besorgung der Nachnahme Anspruch auf eine besondere Nachnahmegebühr, welche gleichzeitig mit dem Porto bezahlt werden muss und welche auch dann zu entrichten ist, wenn die Nachnahmesendung nicht eingelöst werden sollte.[18])

f. Unanbringliche Nachnahmegelder werden wie unbestellbare Postsendungen behandelt.[19])

4. **Der Postauftrag zu Bücherpostsendungen** ist ähnlich der Nachnahme mit dem Frachtgeschäft kombinirt, ohne jedoch das letztere innerlich zu influenziren. Die nähere Erörterung desselben ist jedoch im Interesse der Klarheit und Uebersichtlichkeit dem folgenden Paragraphen vorbehalten.

§ 369.

D. Die Vermittelungsgeschäfte des Geld- und Wechselverkehrs.

I. **Die Postanweisung.** Dieselbe kommt in doppelter Gestalt vor, als **einfache** Postanweisung[1]) und als **telegraphische** Postanweisung.[2]) Bei der Postanweisung zahlt der Absender eine Summe bei der Aufgabepostanstalt ein, damit die Bestimmungspostanstalt eine gleiche Summe an den Adressaten der Postanweisung auszahlt. Die postordnungsmässige Einzahlung schafft die Voraussetzung für die gesetzliche Auszahlungspflicht der Post. Von einer vertragsmässigen Zahlungsanweisung ist hier nicht die Rede, obschon ein analoges auf Gesetz beruhendes Rechtsverhältniss vorliegt; noch weniger von einer locatio conductio irregularis,[3]) da es ja auf Geldtransport gar nicht abgesehen ist. Im Einzelnen:

1. Postanweisungen sind bis zum Betrage von 400 M. zulässig.[4])
2. Die Einzahlungen müssen auf Grund ordnungsmässig ausgefüllter For-

---

[17]) P.O. § 18 V—VII. Dambach, P.G. § 6 Anm. 24—27 S. 42—44.

[18]) P.O. § 18 VIII, IX.

[19]) P.G. § 26 Abs. 2. P.O. § 40 IV—VI. Dambach, P.G. § 26 Anm. 4 S. 96. S. o. § 367 II 2 g S. 550.

[1]) P.O. § 16. Pariser Uebereink. v. 4. Juni 1878.

[2]) P.O. § 17.

[3]) So Mandry S. 346, 349, 350.

[4]) P.O. § 16 I. 500 Fr. nach dem Pariser Uebereink. Art. 2 Z. 2.

mulare stattfinden. Der Absender erhält über den eingezahlten Betrag einen Einlieferungsschein.[5])

3. Gewöhnliche Postanweisungen müssen frankirt werden.[6]) Bei telegraphischen Postanweisungen ist ein Theil der Gebühren vorauszubezahlen, während es in Bezug auf einen andern Theil dem Absender anheimgegeben ist, sie ebenfalls vorauszubezahlen oder deren Entrichtung dem Empfänger zu überlassen.[7])

4. Die gewöhnliche Postanweisung wird dem Empfänger oder dessen legitimirten Vertreter durch die Briefpost übermittelt, die telegraphische durch den Telegraphen mittels des Ueberweisungstelegramms, dessen Ausfertigung der Aufgabepostanstalt obliegt. Ist mit der letzteren keine Telegraphenanstalt verbunden, so wird das Ueberweisungstelegramm mit der nächsten Postgelegenheit der am schnellsten zu erreichenden Reichstelegraphenanstalt zugeführt. Und hat die Bestimmungspostanstalt keine Telegraphenanstalt, so wird das Ueberweisungstelegramm von der letzten Telegraphenanstalt mit der nächsten Postgelegenheit zur Bestimmungspostanstalt weiter befördert. Das Ueberweisungstelegramm ist dem Empfänger oder dessen legitimirten Vertreter sofort durch Eilboten zuzustellen.[8]) Hat der Adressat seinen Aufenthalts- oder Wohnort verändert, so findet mangels entgegengesetzter Bestimmung Nachsendung statt.[9])

5. Die Auszahlung des angewiesenen Betrags erfolgt nur gegen Rückgabe der mit der Quittung des Adressaten versehenen Postanweisung bezw. des quittirten Ueberweisungstelegramms. Der Betrag wird entweder durch den bestellenden Boten überbracht,[10]) oder muss spätestens innerhalb 7 Tagen, vom Tage der Aushändigung der Postanweisung an den Adressaten an gerechnet, von demselben bei der Bestimmungspostanstalt in Empfang genommen werden. Andernfalls wird die Rückzahlung des Geldes an den Aufgeber eingeleitet, oder sofern derselbe nicht zu ermitteln ist, das für unbestellbare Sendungen vorgeschriebene Verfahren in Anwendung gebracht.[11]) Die Bestimmungspostanstalt ist zur sofortigen Auszahlung verpflichtet, falls ihr nicht etwa die erforderlichen Geldmittel abgehen, in welchem Falle sie bei Vermeidung der Verzugsfolgen zur sofortigen Beschaffung derselben verpflichtet ist.[12]) Legitimirt zur Abholung des Betrags ist derjenige, welcher die mit dem Namen des Adressaten unterschriebene Postanweisung überbringt und aushändigt, ohne dass die Post die Berechtigung des Ueberbringers oder die Echtheit der Unterschrift und des

---

[5]) P.O. § 16 III—VII.

[6]) P.O. § 16 II.

[7]) P.O. § 17 V.

[8]) P.O. § 17 II—IV, VI S. 1, § 34 V, VIII—X.

[9]) P.O. § 38 I S. 1.

[10]) Dem Eilboten wird der Betrag stets mitgegeben. P.O. § 21 IV S. 2; vgl. dagegen § 36 IV S. 2.

[11]) P.G. § 26 Abs. 2. P.O. § 16 VIII, IX, § 17 VI S. 2, § 34 VII, § 39 I Z. 5, § 40 IV—VI. Vgl. Pariser Uebereink. v. 4. Juni 1878 Art. 5 Z. 2. Dambach, P.G. § 26 Anm. 4 S. 96. S. o. § 367 II 2 g S. 550.

[12]) P.O. § 16 X.

etwa hinzugefügten Siegels zu prüfen hätte.[13]) Ueberbringt der bestellende Bote den Betrag, so ist derselbe bald dem Adressaten selbst, bald diesem oder seinem Bevollmächtigten, bald auch eventuell einem erwachsenen Familienmitgliede zuzustellen.[14])

Die Postverwaltung leistet dafür Garantie, dass die eingezahlten Beträge an die richtigen Adressaten ausgezahlt werden und ist bei unrichtiger Auszahlung nur dann liberirt, wenn dieselbe durch eigene Schuld des Absenders herbeigeführt worden ist.[15])

6. Wenn dem Adressaten die Postanweisung abhanden gekommen ist, so hat er der Bestimmungspostanstalt rechtzeitig Mittheilung von diesem Verluste zu machen, in welchem Falle dann die Zahlung bei etwaiger Vorlegung der vom Adressaten als verloren ausgegebenen Postanweisung bis auf Weiteres sistirt wird. Der Adressat kann alsdann den Absender veranlassen, ein Duplikat auszustellen, welches die Aufgabepost gegen Vorweisung des über die abhanden gekommene Postanweisung ertheilten Einlieferungsscheins kostenfrei an den Bestimmungsort übermittelt.[16])

7. Telegraphische Postanweisungen sind nur dann zulässig, wenn zwischen der Postanstalt am Aufgabeort und der Postanstalt am Bestimmungsort oder doch auf einem Theile des Weges eine telegraphische Verbindung besteht.[17]) Die Telegraphenstationen an solchen Orten, an denen eine Postanstalt besteht, sind ermächtigt, die letztere sowohl in der Annahme als in der Auszahlung von telegraphischen Postanweisungen zu vertreten,[18]) in der Auszahlung dann, wenn der Absender durch den auf der Postanweisung enthaltenen Zusatz: „amtslagernd", oder wenn der die Postanweisung erwartende Empfänger der Telegraphenanstalt den Wunsch ausgedrückt hat, dass die Auszahlung sofort nach der Ankunft der Anweisung durch die Telegraphenanstalt geschehe. In beiden Fällen aber muss sich der Empfänger, falls derselbe nicht bekannt ist, über seine Persönlichkeit und Verfügungsfähigkeit vollständig ausweisen.[19])

II. **Der Postauftrag zur Einziehung von Geldbeträgen.** Derselbe kommt in einer doppelten Gestalt vor, als einfacher Postauftrag[20]) und als Postauftrag zu Bücherpostsendungen.[21]) In beiden Gestalten ist er **Inkassogeschäft;** nur ist er im zweiten Falle mit dem Frachtgeschäfte kombinirt ähnlich der Nach-

---

[13]) P.O. § 37 II, III. Uebertragung durch Indossament: Pariser Uebereink. v. 4. Juni 1878 Art. 2 Z. 4; hierher gehören die indossabeln amerikanischen „Money-orders"; darüber Meili S. 101. 102.

[14]) P.O. § 34 V, VII.

[15]) P.G. § 6 Abs. 4. Dambach, P.G. § 6 Anm. 21—23 S. 41, 42. Vgl. Pariser Uebereink. v. 4. Juni 1878 Art. 5 Z. 1.

[16]) P.O. § 16 XI.

[17]) P.O. § 17 I.

[18]) P.O. § 17 VII. Jedoch nicht die Eisenbahn-Telegraphenstationen, T.O. § 14 I, II a. A.

[19]) T.O. § 14 II.

[20]) P.O. § 19.

[21]) P.O. § 20 a.

nahme, aber wesentlich verschieden von derselben. In beiden Fällen beruht das Inkassogeschäft auf einem Auftrage, aber dieser Auftrag ist kein Mandatsvertrag, sondern ein einseitiger Akt des Auftraggebers, welcher die Voraussetzung für die gesetzliche Verpflichtung der Post zur Besorgung des Inkassos ist.

1. Ueber den **einfachen Postauftrag** gibt die Postordnung folgende Bestimmungen, die theilweise für den Postauftrag überhaupt gelten:

a. Der Postauftrag ist bis zum Betrage von 600 M. zulässig.[22])

b. Der Postauftrag wird durch ein von der Post zu beziehendes postordnungsmässig ausgefülltes Formular gegeben. Schriftliche Mittheilungen an den Adressaten dürfen darin nicht gemacht werden. Auch dürfen keine Briefe als Anlagen beigefügt werden. Wohl aber ist das einzulösende Papier (Rechnung, Wechsel, Zinsschein u. dgl.) mit Quittung versehen zur Aushändigung an den einlösenden Zahlungspflichtigen beizulegen. **Einem** Postauftrage können auch mehrere Quittungen, Wechsel u. dgl. beigelegt werden, wenn die Einziehung gleichzeitig und von demselben Zahlungspflichtigen erfolgen soll und die Gesammtsumme den Betrag von 600 M. nicht übersteigt. Dagegen ist die Vereinigung mehrerer Postaufträge zu Einer Sendung nicht statthaft.[23])

c. Der Postauftrag nebst Anlage ist unter verschlossenem Umschlage als Einschreibsendung an die Postanstalt abzusenden, welche die Einziehung bewirken soll. Ueber den Postauftragsbrief erhält der Absender einen Einlieferungsschein.[24])

d. Der Postauftragsbrief muss frankirt werden.[25])

e. Die Einziehung des Betrags erfolgt gegen Vorzeigung des Postauftrags und Aushändigung der quittirten Beilagen. Der Postauftrag selbst bleibt im Falle der Einziehung des Betrags in den Händen der Post.[26]) Ueber die Präsentationszeit entscheidet zunächst die Bestimmung des Absenders, ausserdem der geschäftsordnungsmässige Gang der Post. Nur findet an Sonn- und Feiertagen keine Präsentation statt. Die Präsentation erfolgt an den Adressaten oder dessen Bevollmächtigten, und nur wenn der einzuziehende Betrag sofort berichtigt wird, eventuell an einen Haus- oder Geschäftsbeamten, ein erwachsenes Familienmitglied oder sonstigen Angehörigen, oder an einen Dienstboten des Adressaten oder seines Bevollmächtigten, und zu allerletzt an den Hauswirth, Wohnungsgeber oder Thürhüter des Hauses. Sind mehrere Personen bezeichnet, so erfolgt die Präsentation nur an die erstgenannte Person oder deren Bevollmächtigten. Die Präsentation erfolgt durch den Postboten in dem Geschäftslokale bezw. in der Wohnung des Zahlungspflichtigen, und zwar auch in dem Falle, wenn derselbe seine Sendungen von der Post abholt. Hat er seinen Aufenthalts- oder Wohnort verändert, so findet in dubio Nachsendung statt.[27])

---

22) P.O. § 19 I.

23) P.O. § 19 II—VI, XVIII, § 20 II, III S. 2, 3, § 20 a II.

24) P.O. § 19 VII, VIII, § 20 IV.

25) P.O. § 19 XI S. 1, § 20 XI Abs. 1 lit. a, Abs. 2 S. 1, § 20 a I.

26) P.O. § 19 IV S. 1, X S. 1, § 20 II Abs. 2 S. 4.

27) P.O. § 19 XVI, XVII, § 20 V S. 3, § 20 a IV Abs. 1, § 34 II S. 3, III, VI, § 36 V Z. 2, § 38 I S. 2.

Die Zahlung ist entweder sofort an den präsentirenden Postboten, oder falls der Auftraggeber nicht die sofortige Rücksendung verlangt hat, binnen 7 Tagen nach der Präsentation bei der einziehenden Postanstalt zu leisten. Erfolgt die Zahlung innerhalb dieser Frist nicht, so wird der Postauftrag vor der Rücksendung nochmals zur Zahlung präsentirt. Nur wenn der Zahlungspflichtige oder sein Bevollmächtigter bei der ersten Präsentation die Einlösung endgiltig verweigert hat, unterbleibt die nochmalige Präsentation. Theilzahlungen werden nicht angenommen.[28])

f. Der eingezogene Betrag wird dem Auftraggeber mittels Postanweisung übermittelt.[29]) Wird aber der Zahlungspflichtige nicht ermittelt oder leistet derselbe definitiv keine Zahlung, so wird der Postauftrag dem Auftraggeber mittels Einschreibbriefs kostenfrei zurückgesandt. Doch kann der Auftraggeber verlangen, dass der Postauftrag nebst Anlage nach einmaliger vergeblicher Vorzeigung nach einem innerhalb des Deutschen Reichs belegenen Orte an einen andern Adressaten gesandt werde, und diese Weitersendung findet alsdann kostenfrei mittels Einschreibbriefs statt. Insbesondere kann der Auftraggeber durch den Vermerk: „Sofort zum Protest" auf der Rückseite des Postanweisungsformulars anordnen, dass die Weitersendung an eine zur Aufnahme des Wechselprotestes befugte Person geschieht, ohne dass es der namentlichen Bezeichnung einer solchen bedarf. In diesem Falle wird der Postauftrag sofort nach der ersten vergeblichen Präsentation bezw. nach dem ersten vergeblich gebliebenen Versuch der Präsentation an den betreffenden Protestbeamten weitergesandt, womit die Post ihre Obliegenheit erfüllt hat. Die Protestkosten hat desshalb nicht die Post, sondern der Auftraggeber unmittelbar an den Protestbeamten zu entrichten.[30])

g. Die Postverwaltung haftet für die Beförderung des Postauftragbriefs wie für jeden andern Einschreibbrief, selbstverständlich auch für den eingezogenen Betrag. Dagegen leistet sie keine Gewähr für rechtzeitige Vorzeigung oder für rechtzeitige Rück- oder Weitersendung des Postauftrags nebst Anlage. Ebensowenig übernimmt sie eine Verpflichtung zur Erfüllung der besonderen Vorschriften des Wechselrechts.[31])

h. Eingezogene unanbringliche Beträge fliessen in die Postarmen- oder Unterstützungskasse.[32])

2. Der **Postauftrag zu Bücherpostsendungen** wird Sendungen mit Büchern, Musikalien, Zeitschriften, Landkarten und Bildern, soweit dieselben den Bestimmungen für Drucksachen entsprechen und kein Gewicht von mehr als 250 gr. haben, gegen Zahlung der ermässigten Drucksachentaxe und einer besondern vom Absender zu entrichtenden Gebühr von 10 Pf. zur Einziehung der beige-

[28]) P.O. § 19 X, § 20 V S. 4, VI S. 2. § 20a IV Abs. 2.

[29]) P.O. § 19 XI S. 3, XII, § 20a V.

[30]) P.O. § 19 XI S. 4, XIII—XV, § 20 VIII—X. § 39 VII S. 2. — In Belgien nimmt der Briefbote selbst den Protest in einfacher Form auf; vgl. Fischer, Post und Telegraphie S. 142.

[31]) P.O. § 19 IX, § 20 XII, § 20a VI.

[32]) P.G. § 26 Abs. 2. P.O. § 40 IV—VI. Dambach, P.G. § 26 Anm. 4 S. 96. S. o. § 367 II 2 g S. 550.

legten Rechnungen beigefügt.[33]) Für diesen Postauftrag gelten folgende Besonderheiten:

a. Es wird kein Einlieferungsschein ertheilt, wenn nicht die Sendung eingeschrieben worden ist.[34])

b. Wird bei der Präsentation die Annahme sofort definitiv verweigert, oder trägt der Rücken des bei der ersten Präsentation nicht honorirten Postauftrags den Vermerk: „Ohne Frist“, so wird die Sendung an den Absender kostenfrei zurückgesandt; das Verlangen der Weitergabe oder Weitersendung ist bei diesen Postaufträgen nicht zulässig. Andernfalls ist es dem Empfänger überlassen, die Anlagen des Postauftrags entweder unter sofortiger Zahlung des vollen Geldbetrags oder unter dem Verlangen der späteren Berichtigung dieses Betrages anzunehmen. Im letztern Falle werden dem Empfänger die Drucksachen gegen Vollziehung der Quittung[35]) auf der Rückseite des Postauftrags ausgehändigt; und darin liegt der wesentliche Unterschied von der Nachnahme. Der Postauftrag wird ihm sodann nach Ablauf von 7 Tagen nochmals behufs Berichtigung der Auftragssumme präsentirt. Und erfolgt auch jetzt die Zahlung nicht, so wird der mit einer entsprechenden Bescheinigung des bestellenden Boten zu versehende Postauftrag sammt dem beigefügten Postanweisungsformular an den Absender zurückgesandt. Dagegen ist eine Zurücknahme der Drucksachen seitens der Post unstatthaft; vielmehr bleibt die weitere Abwickelung der Angelegenheit dem Absender und Empfänger überlassen.[36])

c. Die Haftung der Post ist die gewöhnliche, wie bei jedem andern Postauftrag. Eine Gewähr gegen Verlust und Beschädigung der Bücherpostsendungen selbst wird nicht geleistet, ausser sie müssten eingeschrieben sein, in welchem Falle die Haftung für Einschreibsendungen eintritt.[37])

III. **Der Postauftrag zur Einholung von Wechselaccepten.**[38]) Auch dieser Auftrag ist kein Mandatsvertrag, sondern ein einseitiger Akt des Auftraggebers, welcher die Voraussetzung für die gesetzliche Verpflichtung der Post zur Einholung des Wechselaccepts ist. Im Ganzen gelten die nämlichen Grundsätze, wie beim Postauftrag zur Einziehung von Geldbeträgen. Die Abweichungen sind folgende:

1. Die Höhe des Wechselbetrages ist gleichgiltig.[39])

2. Dem Postauftrag sind die zum Accept zu präsentirenden Wechsel beizulegen. Die Präsentation des Postauftrags und des beigefügten Wechsels erfolgt an den Bezogenen selbst oder an dessen Bevollmächtigten. Als bevollmächtigt betrachtet die Post im Zweifel jede Person, welche zur Empfang-

---

[33]) P.O. § 20 a I; über seine formellen Erfordernisse: § 20 a II.

[34]) P.O. § 20 a III; anders § 19 VIII.

[35]) Dieselbe lautet: „Die Anlagen dieses Postauftrags habe ich ohne Zahlung des umstehend angegebenen Geldbetrages empfangen.“ P.O. § 20 a II Abs. 3.

[36]) P.O. § 20 a II Abs. 2 S. 3, IV.

[37]) P.O. § 20 a VI.

[38]) P.O. § 20; über seine formellen Erfordernisse: § 20 II.

[39]) P.O. § 20 I vgl. mit § 19 I.

nahme von Ablieferungsscheinen über Sendungen von mehr als 300 M. Werth berechtigt ist.[40])

3. Die Annahme des Wechsels muss durch den Bezogenen oder dessen Bevollmächtigten auf dem Wechsel schriftlich geschehen. Theilaccepte oder modifizirte Accepte gelten einer Verweigerung der Annahme gleich.[41])

4. Der acceptirte Wechsel wird von der Bestimmungspostanstalt ungesäumt an den Auftraggeber in einem Umschlage unter Einschreibung zurückgesandt. Der Auftraggeber hat alsdann sowohl die Gebühr für die Vorzeigung als auch das Porto für den Einschreibbrief zu bezahlen.[42])

5. Steht fest, dass der Bezogene nicht zu ermitteln ist, oder hat er oder sein Bevollmächtigter die Verweigerung der Annahme auf den Wechsel niedergeschrieben, oder hat die zweite Präsentation vergeblich stattgefunden, so ist der Postauftrag nebst Wechsel an den Auftraggeber zurückzusenden, der alsdann die erwähnten Gebühren zu entrichten hat. Anders ist es, wenn der Auftraggeber verlangt, dass der Postauftrag nach der ersten vergeblichen Präsentation bezw. nach dem ersten vergeblichen Versuche der Präsentation nach einem innerhalb des Deutschen Reiches belegenen Orte oder an eine zur Aufnahme von Wechselprotesten befugte Person zum Zwecke der Protesterhebung weiter gesandt werde. Im ersten Fall erfolgt die Weitersendung sofort kostenfrei mittels Einschreibbriefs an den neuen Adressaten, nur nicht nach dem Aufgabeort des Postauftrags. Im zweiten Falle erfolgt die Weitersendung ohne weitere Gebührenanrechnung an die betreffende zur Protesterhebung befugte Person, womit die Post ihre Obliegenheiten erfüllt hat. Die Protestkosten hat der Auftraggeber unmittelbar an den Protestbeamten zu entrichten.[43])

6. Die Post übernimmt keinerlei Verpflichtung zur Erfüllung der besonderen Vorschriften des Wechselrechts. Im Uebrigen ist ihre Haftung dieselbe, wie beim Postauftrag zur Einziehung von Geldbeträgen.[44])

E. Der Personentransport der Posten.

§ 370.

1. Im Allgemeinen; insbesondere die Personenbeförderung mittels der ordentlichen Posten.

Die Personenbeförderung der Post findet entweder durch die **ordentlichen Posten**[1]) statt, d. h. durch diejenigen Transportmittel, welche der Staat für eigene Rechnung zur Fortschaffung von Reisenden unterhält und bei welchen

---

[40]) P.O. § 20 III, V S. 1, 2, § 34 V Abs. 2.
[41]) P.O. § 20 VI. W.O. Art. 21, 22.
[42]) P.O. § 20 VII, XI Abs. 1 lit. b, c, Abs. 2 S. 2.
[43]) P.O. § 20 VIII—X.
[44]) P.O. § 20 XII.
[1]) Ueber den Begriff derselben Dambach, P.G. § 16 Anm. 2 S. 77.

eine regelmässige Abgangs- und Ankunftszeit nach Tagen und Stunden festgesetzt ist, oder durch **Extraposten.** Auch die Personenbeförderung der Post beruht nicht auf Vertrag, sondern auf einer gesetzlichen Obligation derselben, welche wirksam wird, sobald die postordnungsmässigen Voraussetzungen gegeben sind. Die Verbindlichkeit der Post wird nicht erst durch Annahme des Reisenden eingegangen,[2]) sondern diese Verbindlichkeit existirt schon vor der Annahme des Reisenden, und die Annahme des Reisenden ist nicht die Ursache, sondern die Folge dieser Verbindlichkeit.

In diesem Paragraphen sollen die Bestimmungen über die Personenbeförderung mittels der ordentlichen Posten dargestellt werden, während im folgenden Paragraphen von der Extrapostbeförderung gehandelt werden wird.

I. **Die Voraussetzungen** der Verpflichtung der Post, mittels der ordentlichen Posten Personen zu befördern, sind folgende:

1. Der Reisende darf nicht zu den Personen gehören, welche von der Postbeförderung ausgeschlossen sind.[3])

2. Der Reisende muss sich zur gehörigen Zeit bei einer Postanstalt oder bei einer der zu Meldungen geeigneten Haltestellen anmelden.[4])

3. Es muss das ordnungsmässig an Haupt- und Beiwagen gestellte Transportmaterial noch unbesetzten Raum bieten.[5])

4. Der Reisende hat einen **Fahrschein** gegen Entrichtung des Personengeldes zu lösen.[6]) Nur wenn der Reisende sich an einer Haltestelle meldet und nicht bis zur nächsten Postanstalt mitfährt, ist das Personengeld ohne Lösung einer Fahrkarte an den Postschaffner oder Postillon zu entrichten.[7])

5. Der Reisende hat sich an der zur Besteigung des Wagens bestimmten Stelle und zu der im Fahrschein bezeichneten Abgangszeit zur Abreise bereit zu halten und den Fahrschein zu seiner Legitimation bei sich zu führen. Andernfalls hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er wegen Versäumung der Abfahrt oder wegen Unmöglichkeit der Legitimation von der Mit- oder Weiterreise ausgeschlossen wird und trotzdem des bezahlten Personengeldes verlustig geht. Hat ein solch ausgeschlossener Reisender Reisegepäck auf der Post, so wird dasselbe bis zu der Postanstalt, auf welche der Fahrschein lautet, befördert und dort bis zum Eingang einer weiteren Bestimmung seitens der zurückgebliebenen Person aufbewahrt.[8])

II. **Rechte und Pflichten der Reisenden.**

1. Der Reisende hat einen Anspruch auf seinen postordnungsmässigen

---

[2]) So P.O. § 50 I S. 1.

[3]) Ausgeschlossen sind: gewisse Kranke, trunkene, unanständige und unreinliche Personen, Gefangene, Erblindete ohne Begleiter und Personen, welche Hunde oder geladene Schiesswaffen mit sich führen. P.O. § 47.

[4]) P.O. § 46 I—IV.

[5]) Näheres: P.O. § 46 V—IX.

[6]) Näheres: P.O. § 48; über die Grundsätze der Personengelderhebung: P.O. § 49.

[7]) P.O. § 48 IV.

[8]) P.O. § 51.

Platz. Differenzen zwischen den Reisenden wegen der von ihnen einzunehmenden Plätze hat zunächst der expedirende Beamte der Postanstalt zu entscheiden, und wenn sich dieselben bei dieser Entscheidung nicht beruhigen, der Vorsteher der Postanstalt, sofern eine nochmalige Erörterung der Differenz ohne Verzögerung des Postenlaufs möglich ist. Der getroffenen Entscheidung haben sich die betreffenden Reisenden zu unterwerfen, jedoch vorbehaltlich der Beschwerde.[9])

2. Der Reisende hat ein Recht zum postordnungsmässigen Aufenthalt in den Wartezimmern der Postanstalten.[10])

3. Der Reisende steht während der Postreise und in den Posträumen unter dem Schutze der Postbehörden. Anderseits hat er aber auch die Pflicht, sich in die zur Aufrechthaltung des Anstands, der Ordnung und der Sicherheit in den Posträumen getroffenen Anordnungen zu fügen, widrigenfalls er von der betreffenden Postanstalt bezw. unterwegs vom Postschaffner von der Mit- oder Weiterreise ausgeschlossen werden kann und des gezahlten Personengeldes und Ueberfrachtportos verlustig geht. Erfolgt die Ausschliessung unterwegs, so hat er sein Reisegepäck bei der nächsten Postanstalt abzuholen.[11])

4. Dem Reisenden ist die Mitnahme seines Reisegepäcks in so weit unbeschränkt gestattet, als die einzelnen Gegenstände zur Beförderung mit der Post geeignet sind. Kleine Reisebedürfnisse, welche ohne Belästigung der anderen Passagiere im Fahrraum des Wagens untergebracht werden können, dürfen die Reisenden unter eigener Aufsicht bei sich führen. Dagegen muss anderes Reisegepäck der Postanstalt, und an Orten, wo sich keine Postanstalt befindet, dem Postschaffner bezw. Postillon zur Verladung übergeben werden und zwar postordnungsmässig verpackt versiegelt und signirt, zur gehörigen Zeit und unter Vorzeigung des Fahrscheins. Ueber das eingelieferte Reisegepäck erhält der Reisende eine Bescheinigung, den **Gepäckschein**, den derselbe als Legitimationspapier aufzubewahren hat.[12]) Jeder Reisende hat auf das der Post übergebene Reisegepäck ein Freigewicht von 15 kg. Für das Mehrgewicht ist bei der Einlieferung das ordnungsmässige **„Ueberfrachtporto“** zu entrichten. Wird der Werth des Reisegepäcks deklarirt, so wird eine **Versicherungsgebühr** erhoben und zwar für jedes Stück selbständig.[13])

III. **Pflichten der Post.**

1. Die Post ist zur **Beförderung** des Reisenden bezw. seines Gepäckes bis zu dem Orte verpflichtet, auf welchen der Fahr- bezw. Gepäckschein lautet. **Unterbleibt die Beförderung ganz oder theilweise,** so ist zu unterscheiden:

---

[9]) Näheres: P.O. § 52. — Beschwerden, welche die Reisenden nicht unmittelbar bei einer Postbehörde anbringen wollen, können in das Beschwerdebuch eingetragen werden, das sich im Postdienstzimmer befindet und den Reisenden auf Verlangen vorgelegt wird; P.O. § 56 III, § 65.

[10]) P.O. § 56 I.

[11]) P.O. § 57.

[12]) P.O. § 53.

[13]) P.O. § 54 I—IV.

a. Liegt der Grund davon in der Person des Reisenden, so kommt es darauf an, ob ihn eine Verschuldung trifft oder nicht. Ist er selbst Schuld daran, z. B. er wird wegen ungebührlichen Benehmens von der Mit- oder Weiterreise ausgeschlossen, so geht er des gezahlten Personengeldes und Ueberfrachtportos bezw. der etwaigen Versicherungsgebühr verlustig, jedoch mit einer Unterscheidung. Erfolgt nämlich die Ausschliessung unterwegs, so geht er der gezahlten Gebühren schlechtweg verlustig; wird er aber von vornherein von der Beförderung ausgeschlossen, so soll die Erstattung der Gebühren zulässig sein, wenn er dieselbe mindestens 15 Minuten vor dem planmässigen Abgange der Post beantragt, weil alsdann der Schluss der Post für die Personenbeförderung noch nicht eingetreten ist und der vakant werdende Platz weiter vergeben werden kann.[14]) Ist er jedoch ohne Verschulden an der Benutzung der Post verhindert, z. B. durch plötzlich eintretenden Tod, Krankheit u. dgl., so findet die Erstattung der gezahlten Gebühren stets statt.[15])

b. Liegt der Grund des Unterbleibens der Beförderung in der Post, so findet stets Rückerstattung der gezahlten Gebühren und bloss diese statt, ohne Rücksicht auf Verschulden oder Nichtverschulden der Post. Der Reisende kann sich wegen seines etwaigen anderweitigen Interesses nur an den schuldigen Beamten halten nach den civilrechtlichen Prinzipien ausserkontraktlicher Schadenszufügung.[16])

Die Restitution der gezahlten Gebühren erstreckt sich bald auf den ganzen Betrag, bald bloss auf einen verhältnissmässigen Theil derselben, je nachdem die Reise ganz oder nur theilweise unterblieben ist. Die Erstattung erfolgt gegen Rückgabe des Fahrscheins und gegen Quittung bezw. gegen Rücknahme des Gepäcks und Rückgabe des Gepäckscheins.[17])

Wegen **Verspätung** kann die Post niemals verantwortlich gemacht werden; doch haften auch in dieser Beziehung Posthalter und Postillon nach den allgemeinen civilrechtlichen Prinzipien.[18])

2. Die Post ist zum **Schutze** der körperlichen Integrität des Reisenden und zur **Verwahrung** seines Reisegepäcks verpflichtet. Sie haftet desshalb:

a. Im Falle der **körperlichen Beschädigung des Reisenden,** wenn dieselbe nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt worden ist. Die Post ist also nicht bloss für die Nachlässigkeit ihrer Offizianten und das Versagen ihrer Transportmittel, sondern auch für die Handlungen dritter Personen und für solche Unfälle verantwortlich, welche durch die nach den Umständen gebotene Vorsicht und durch Ergreifung

---

14) P.O. § 50 I, § 54 V, § 57 IV a. E., § 46 III.

15) P.O. § 50 I S. 1, § 54 V. **Anders** nach gemeinem Rechte; vgl. l. 19 § 9 D. locati (19, 2) und Kompe 18 S. 338.

16) P.O. § 50 I S. 1, § 54 V. P.G. § 11, 12 verb. m. § 51. Dambach, P.G. § 51 Anm. 1 S. 164, 165.

17) P.O. § 50 II, § 53 V, § 54 V.

18) P.G. § 11, 12 verb. m. § 51. Dambach a. a. O. Vgl. jedoch auch Goldschmidt i. s. Zeitschr. VII S. 189.

vernünftiger Vorkehrungen und Massregeln abwendbar waren.[19]) Sie haftet aber nur für die **Kur- und Verpflegungskosten.** Dazu gehören nicht allein die Kosten für Arzt und Apotheker, sondern auch die Kosten für Krankenpflege, Stärkungsmittel, Badereisen u. s. w., überhaupt alle Kosten, welche nach vernünftiger Auffassung zur Herstellung der Gesundheit nothwendig und den Verhältnissen des Verletzten entsprechend sind. Dagegen haftet die Post nicht für die mittelbaren Folgen der Verletzung, also insbesondere nicht für den während der Krankheit entgangenen Verdienst, nicht für die nachtheiligen Folgen des Todes des Reisenden, nicht für die Beerdigungskosten; vielmehr kann sich wegen dieser der Beschädigte nur an den schuldigen Postoffizianten oder Dritten nach den gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätzen halten. Der Reisende hat zur Begründung seines Anspruchs gegen die Post bloss den Unfall, seine Verletzung und die Höhe der Kur- und Verpflegungskosten nachzuweisen, während die Post darzuthun hat, dass der Unfall auf die eigene Fahrlässigkeit des Reisenden oder auf höhere Gewalt zurückzuführen ist.[20]) Der Anspruch verjährt in 6 Monaten vom Tage der Beschädigung des Reisenden an gerechnet; die Verjährung wird auch hier nicht bloss durch Klageerhebung, sondern auch durch Anbringung der Reklamation bei der kompetenten Postbehörde unterbrochen.[21])

b. **Für Verlust und Beschädigung des ordnungsmässig eingelieferten Reisegepäcks.** In dieser Beziehung haftet die Post geradeso, wie bei Verlust und Beschädigung von Packeten.[22]) Dagegen haftet für nicht eingeliefertes Reisegepäck die Post gar nicht.[23])

Ersatzpflichtig ist die Postverwaltung, auf deren Gebiet sich der Unfall ereignete. Nur bei durchgehendem Fahr- bezw. Gepäckschein haftet ausser dieser auch die Postverwaltung der Abfahrtsstation, wenn sie durch Konvention die Ersatzleistung ausdrücklich übernommen hat oder wenn beide Postverwaltungen deutsche sind.[24])

---

[19]) Der Begriff der höheren Gewalt ist also auch hier der relative des H.G.B. Art. 395 Abs. 1 u. Art. 607 Abs. 1. S. o. § 340 S. 328, 329.

[20]) P.G. § 11 Abs. 1 Z. 2. Dambach, P.G. § 11 Anm. 3—9, 11 S. 59—64. Müller S. 168—170. Kompe 18 S. 331. Allgemeine Gesichtspunkte bei Meili S. 105—111.

[21]) P.G. § 14.

[22]) P.G. § 11 Abs. 1 Z. 1. S. o. § 367 II 3 d S. 555—557.

[23]) P.G. § 11, 12 verb. m. § 51. Meili S. 112. Endemann S. 754 Text zu Not. 77. Dambach, P.G. § 11 Anm. 2 S. 59. A. M. Kompe 18 S. 327 Not. 49. Linde S. 80. Gad S. 84.

[24]) Für das Reisegepäck ist dieser Satz unzweifelhaft, da P.G. § 6 Abs. 3 lit. c auf das Reisegepäck angewandt werden muss, obschon P.G. § 11 Abs. 1 Z. 1 nur die §§ 8, 9 ausdrücklich anzieht. Aber auch für die Person des Reisenden kann er nicht bezweifelt werden, da die Postverwaltung der Abfahrtsstation durch Aushändigung eines durchgehenden Fahrscheins die Verantwortlichkeit für die Sicherheit des Reisenden so weit übernimmt als der Fahrschein lautet. Vgl. Uebereink. mit Bayern und Württem-

3. Die Post ist zur **Auslieferung des Reisegepäcks** verpflichtet, aber regelmässig bloss nach Vollendung der Reise. Diese Auslieferung erfolgt nur gegen Rückgabe des Gepäckscheins. Während der Reise kann dem Reisenden die Verfügung über sein eingeliefertes Gepäck nur während des Aufenthalts an Orten, an denen sich eine Postanstalt befindet, und nur gegen Rückgabe oder Hinterlegung des Gepäckscheins gestattet werden. Umgekehrt hat aber auch die Post ein Recht auf Rücknahme des Gepäcks nach Vollendung der Reise, widrigenfalls die Folgen der mora accipiendi eintreten. Reisende nach Zwischenorten müssen ihr Gepäck schon bei der vorliegenden Postanstalt in Empfang nehmen, indem von da ab die Postverwaltung keine Gewähr mehr leistet.[25]) Unterwegs ausgeschlossene Reisende haben ihr Gepäck bei der nächsten Postanstalt abzuholen.[26]) Zurückgelassene Reiseeffekten werden wie unbestellbare Sendungen behandelt.[27])

§ 371.

2. Die Extrapost- und Kourierbeförderung.

Die Extrapost- und Kourierbeförderung besteht, je nachdem der Reisende in eigenem Wagen reist oder nicht, bald in der blossen Gestellung von Pferden nebst den erforderlichen Postillonen, bald aber auch ausserdem in der Gestellung von Wagen bezw. Schlitten; diese Gestellung findet regelmässig nur zur Beförderung von Reisenden mit ihrem Gepäck statt, ausnahmsweise auch zu Fuhren, bei welchen die Beförderung von Gegenständen die Hauptsache ist.[1])

1. Die Gestellung von Extrapost- und Kourierpferden kann nur auf Strassen verlangt werden, auf welchen die Postverwaltung es übernommen hat, Reisende mit Extrapost- und Kourierpferden zu befördern. Doch sind die Posthalter nicht verpflichtet, zu den eigenen oder gemietheten Pferden der Reisenden Vorspannpferde herzugeben.[2]) Der Reisende kann durch Laufzettel Extrapost- oder Kourierpferde vorausbestellen.[3]) Der Reisende kann auch verlangen, dass ihm auf langen oder sonst beschwerlichen Stationen Pferde und Wagen entgegengesandt und möglichst auf der Hälfte des Weges aufgestellt werden.[4]) Der Reisende kann die in loco bestellte Extrapost wieder abbestellen und hat nur dann eine Entschädigung zu zahlen, wenn die Abbestellung erst nach der Anspannung erfolgt.[5]) Sind Extrapost- und Kourierpferde mittels Laufzettels

---

berg § 4 Abs. 1. Postvertr. mit Oesterreich-Ungarn Art. 3 Abs. 1. Gad S. 81. Bloss die beschädigende Postverwaltung lässt haften Kompe 18 S. 324, 325.

[25]) P.O. § 53 V S. 3, § 55.

[26]) P.O. § 57 IV S. 2.

[27]) P.G. § 26 Abs. 2. Dambach, P.G. § 26 Anm. 2, 3 S. 96. Laband S. 326 insb. Not. 4. S. o. § 367 II 2g S. 550.

[1]) P.O. § 58 II, III, § 59 II—IV, XI S. 2, XV, XVI, § 62 I—V.

[2]) P.O. § 58 I, IV.

[3]) P.O. § 59 XI.

[4]) P.O. § 59 XV.

[5]) P.O. § 59 XIV.

vorausbestellt, so wirkt diese Bestellung nur 24 Stunden über die bestimmte Abgangszeit hinaus. Bezüglich des Wartegelds hält sich beim Nichteintreffen des Reisenden die Post an denjenigen, welcher den Laufzettel unterschrieben hat.[6])

2. Die **Gebühren**[7]) für die Extrapost- und Kourierreisen müssen mit Ausschluss des Trinkgelds, welches erst nach zurückgelegter Fahrt dem Postillon bezahlt zu werden braucht, in der Regel stationsweise vor der Abfahrt entrichtet werden.[8]) Nur auf solchen Koursen, wo hierauf berechnete Einrichtungen bestehen, können die Gebühren für alle Stationen des zu durchreisenden Kourses auf einmal bei der Abfahrt am Abgangsorte entrichtet werden.[9]) Ueber die gezahlten Gebühren bekommt der Reisende eine Quittung, die gleichzeitig zu seiner Legitimation dient, und die er desshalb zur Vermeidung von Weitläufigkeiten bis zu dem Orte bei sich führen muss, bis wohin die Kosten bezahlt sind.[10]) Findet der Reisende sich veranlasst, unterwegs den ursprünglich beabsichtigten Weg zu verlassen oder auf einer Zwischenstation definitiv zurückzubleiben, so werden demselben die zuviel vorausbezahlten Gebühren, jedoch mit Ausnahme der Rechnungsgebühr, gegen Rückgabe der ihm ertheilten Quittung und gegen Empfangsbescheinigung über den restituirten Betrag ohne Abzug zurückerstattet und zwar von derjenigen Postanstalt, wo er seine Reise ändert oder einstellt.[11])

3. Der Reisende hat ein Recht auf ordnungsmässige **Abfertigung**[12]) und auf **Beförderung** innerhalb der normalen Beförderungszeit. Nur dann hat er kein Recht auf Einhalten der normalen Beförderungszeit, wenn auf sein Verlangen keine normalmässige Bespannung stattgefunden hat.[13]) Der Reisende hat jedoch

---

[6]) P.O. § 59 XI.

[7]) Dieselben setzen sich zusammen aus: Pferdegeld, P.O. § 59 I; Wagengeld, § 59 II; Bestellgebühr, § 59 V; Schmiergeld, § 59 VI; Erleuchtungskosten, § 59 VII; Chausseegeld und sonstigen Wege- u. dgl. Abgaben, insb. Brücken- und Fährgeld, § 59 VIII; Postillonstrinkgeld, § 59 IX; Wartegeld, § 59 XII–XIV. Etwas modifizirt sind die Zahlungssätze bei Rückbenutzung einer Extrapost, § 59 X; bei Entgegensendung von Extrapostpferden und Wagen, § 59 XV, XVI; bei Extraposten auf Entfernungen unter 15 km, § 59 XVII; bei Extraposten u. s. w., welche über eine Station hinaus benutzt werden, § 59 XVIII, XIX. In dem Postzimmer einer jeden zur Gestellung von Extrapost- und Kourierpferden bestimmten Station muss sich ein Extraposttarif befinden, dessen Vorlegung der Reisende verlangen kann, § 59 XX.

[8]) P.O. § 60 I, § 59 XVIII, XIX, § 60 V S. 1, § 64 III S. 3.

[9]) P.O. § 60 III—V. In diesem Falle kommt zu den gewöhnlichen Gebühren noch eine besondere Rechnungsgebühr für die Besorgung des Rechnungsgeschäfts hinzu. P.O. § 60 IV.

[10]) P.O. § 60 II.

[11]) P.O. § 60 VI.

[12]) P.O. § 62. Kuriere gehen hinsichtlich der Abfertigung den Extraposten vor. P.O. § 62 VI.

[13]) P.O. § 63. Ueber Bespannung: P.O. § 61; über die Postillone: § 64; dieselben müssen bei Ankunft auf der Station an dem Orte vorfahren, den der Reisende bestimmt, P.O. § 64 IV.

wegen Verspätung keinen civilrechtlichen Anspruch gegen die Post, sondern nur das Recht der Beschwerde.[14])

4. Die Post **haftet** weder für Verlust oder Beschädigung von Sachen, die der Reisende bei sich führt, noch für körperliche Verletzungen desselben, da die Direktion der Extrapostfahrt mehr bei dem Reisenden als bei der Post liegt.[15]) Der Reisende kann sich derentwegen nur an den schuldigen Postillon bezw. Posthalter nach den gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätzen halten.[16])

---

[14]) P.G. § 11 Abs. 2 verb. m. § 51. P.O. § 65.
[15]) P.G. § 11 Abs. 2. Dambach, P.G. § 11 Anm. 10 S. 63.
[16]) Endemann § 160 IV.

V. Die Telegraphen.[1])

§ 372.

A. Im Allgemeinen.

I. Auch das Telegraphenwesen soll nach der Idee der Reichsverfassung für das gesammte Gebiet des Deutschen Reiches als einheitliches Verkehrsinstitut organisirt und verwaltet sein. Allein in Folge der Reservatrechte Bayerns und

[1]) Literatur: Poppe, Die Telegraphie, Frankfurt 1848. — Schellen, Der elektromagnetische Telegraph in den einzelnen Stadien seiner Entwickelung u. s. w., 6. Aufl. von Kareis, Braunschweig 1882. — Zetzsche, Kurzer Abriss der Geschichte der elektrischen Telegraphen, Berlin 1874. Derselbe, Handbuch der Elektrischen Telegraphie 1, 2, 3 (erst 2 Liefer.), 4 B., Berlin 1877—82. Derselbe, Katechismus der elektrischen Telegraphie, 6. Aufl. Leipzig 1883. — — Knies, Der Telegraph als Verkehrsmittel, Tübingen 1857. — Sax, Verkehrsmittel I S. 211 ff. — P. D. Fischer, Post und Telegraphie im Weltverkehr, Berlin 1879. — — Rösler, Verwaltungsrecht I § 440, 441 S. 478—483. — Laband, Staatsrecht II S. 284—358. — P. D. Fischer, Die Telegraphie und das Völkerrecht, Leipzig 1876. — — Dambach, Das Telegraphen-Strafrecht im Gerichtssaal XXIII (1871) S. 241—298; auch als Separatabdruck erschienen, Berlin 1872. — — Reyscher, Das Telegraphenrecht u. s. w. in der Zeitschr. für Deutsches Recht 19 (1859) S. 271—320, und Urtheil des Landgerichts zu Köln u. s. w. Ebend. S. 456—477. — Mittermaier, Ueber die rechtliche Bedeutung telegraphischer Mittheilungen u. s. w. im Arch. f. civ. Praxis 42 (1859) S. 278—288. Derselbe, Das Telegraphenrecht u. s. w. Ebend. 46 (1863) S. 1—48; Derselbe, Beiträge zum Telegraphenrecht u. s. w. Ebend. 47 (1864) S. 214—243. — W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen 2. Abth. (1860) S. 349—354. — Fuchs, Einige Fragen aus dem Telegraphenrechte im Arch. f. civ. Praxis 43 (1860) S. 94—102. — v. Stubenrauch, Der elektrische Telegraph in privatrechtlicher Beziehung in der Allgem. Oesterr. Gerichtsz. XII. Jahrg. (1861) S. 69—71, S. 73—75. — Busch, Noch ein Beitrag zum Telegraphenrechte im Arch. f. civ. Praxis 45 (1862) S. 1—26. — Gensel, Ein Beitrag zur Lehre vom Telegraphenrechte in der Deutschen Gerichtszeitung 6. Jahrg. (1864) S. 181, 182 (Unbedeutend). — Ludewig, Die Telegraphie, Berlin 1872. — Meili, Das Telegraphenrecht, Zürich 1871, 2. Aufl. 1873. (Darüber Reuling in Goldschmidts Zeitschr. XVIII S. 302 ff., Fischer in Behrends Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege V S. 456 ff., Asser in Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving Deel XXI bl. 534 ff.). — — Bosellini (der zuerst über die juristische Bedeutung der Telegraphie schrieb), Dei telegrafi in relazione alla Giurisprudenza in La Temi IV (Firenze 1853)

Württembergs haben wir im Deutschen Reiche drei Telegraphenverwaltungen als Staatsverkehrsanstalten: die **Reichs-**, die **Bayerische** und die **Württembergische** Telegraphenverwaltung. [2]) Jedoch ähnlich wie bei der Post steht auch beim Telegraphen dem Reiche ausschliesslich zu:

1. Die **Beaufsichtigung des Telegraphenwesens.**

2. Die **Gesetzgebung über die Vorrechte der Telegraphie, über die rechtlichen Verhältnisse der Telegraphenanstalten zum Publikum, sowie die Feststellung der Gebühren für die telegraphische Korrespondenz,** in letzter Beziehung jedoch ausschliesslich der reglementarischen und Tarifbestimmungen für den internen Verkehr Bayerns und Württembergs.

3. Die **Regelung des Telegraphenverkehrs mit dem Auslande,** ausgenommen den eigenen unmittelbaren Verkehr Bayerns und Württembergs mit ihren dem Reiche nicht angehörenden Nachbarstaaten. [3])

Allein da nach der Reichsverfassung [4]) der reglementarischen Festsetzung und administrativen Anordnung ein weiter Spielraum gelassen ist, so gibt es bis jetzt nur ein einziges die Telegraphie betreffendes Reichsgesetz, nämlich das **Gesetz betr. die Einführung von Telegraphenfreimarken vom 16. Mai 1869.** [5]) Im Uebrigen verdankt das Telegraphenwesen seine rechtliche Normirung den reglementarischen Festsetzungen der Telegraphenverwaltungen [6]) und den internationalen Telegraphenverträgen.

---

p. 449—452 nebst Appendice sulla utilità giuridica del telegrafo elettrico von Panattoni l. c. p. 452—455. — Serafini, Il telegrafo in relazione alla Giurisprudenza civile e commerciale, Pavia 1862. (Traduit et annoté par Lavialle de Lameillère, Paris 1863. Ins Deutsche übersetzt von Leone Roncali, Wien 1865. Im Auszuge mitgetheilt von Mittermaier im Arch. f. civ. Praxis 46 S. 1—46. Angezeigt von Goldschmidt in s. Zeitschr. VI S. 625—629, von Stubenrauch in Haimerls Vierteljahrschr. XIII Literaturblatt S. 51—54.) — Hepp, De la correspondance privée etc., Strasbourg 1864. — Robert, Des contrats par correspondance, Dijon 1868, insb. p. 25—40, 130—132, 166—177, 239—257, 278—284, 302. — van Beijma, De vergoeding der schade ontstaande uit het niet rigtig overkomen van telegrammen, Leiden 1862. — Asser, De Telegraphie in haare Rechtsgevolgen, te 'SGravenhage 1866. — Willeumier, Het Telegraafrecht, Amsterdam 1867. (Dazu die Anzeige von Goldschmidt in s. Zeitschr. XIII S. 351, 352).

[2]) R.V. Art. 48 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1.

[3]) Für dessen Regelung der Art. 49 des Postvertrags vom 23. Novbr. 1867 massgebend ist. R.V. Art. 4 Z. 10, Art. 52 Abs. 2, 3.

[4]) Art. 48 Abs. 2. Darnach erstreckt sich die Gesetzgebung des Reiches in Post- und Telegraphen-Angelegenheiten nicht auf diejenigen Gegenstände, deren Regelung nach den in der Norddeutschen Post- und Telegraphenverwaltung massgebend gewesenen Grundsätzen der reglementarischen Festsetzung oder administrativen Anordnung überlassen ist.

[5]) Durch die Bundesverf. v. 1870 Art. 80 II Z. 4 u. Abs. 2 wurde dieses Gesetz auf Baden und Südhessen und durch R.Ges. v. 8. Febr. 1875 Z. 1 (R.G.Bl. S. 69) auf Elsass-Lothringen ausgedehnt.

[6]) Die Organisation der Reichstelegraphenverwaltung fällt mit der der Post zusammen, da Post und Telegraphie mit einander kombinirt sind. An der Spitze steht das Reichspostamt; unter ihm die Oberpostdirektionen; für die lokale Verwaltung besteht jedoch eine Trennung in Postämter- und besondere Telegraphenämter, soweit

a. Die **Telegraphenreglements** überhaupt sind zweierlei Art; sie sind entweder staatliche Reglements oder aber Reglements von Privatgesellschaften. Die letzteren sind **allgemeine Vertragsnormen,** geradeso wie die Spezialreglements der Eisenbahnen und Eisenbahnverbände.[7]) Dagegen hängt der juristische Charakter der staatlichen Reglements von dem öffentlichen Rechte des jedesmaligen Staates ab. Für das Deutsche Reich ist massgebend die **„Telegraphenordnung für das Deutsche Reich"**[8]) vom 13. August 1880, welche auf Grund des Art. 48 der Reichsverfassung vom Reichskanzler[9]) erlassen und im Centralblatt[10]) publizirt worden ist. Dieselbe findet, von den Gebührenbestimmungen abgesehen, auf das gesammte öffentliche Telegraphenwesen des Deutschen Reiches Anwendung, auch für diejenigen Telegramme, welche unter Benutzung von Eisenbahntelegraphen befördert werden.[11]) Jedoch für Telegraphen-Nebenstationen- und Nebenanlagen, sowie für Fernsprechanlagen gelten die vom Reichspostamte festgesetzten Bedingungen.[12]) Auch der juristische Charakter der deutschen Telegraphenordnung ist bestritten. Nach der einen Auffassung ist sie allgemeine Vertragsnorm,[13]) wie jedes Privatreglement, während sie nach einer anderen richtigeren Ansicht eine gesetzvertretende Rechtsverordnung ist.[14]) Neben der Telegraphenordnung kommt noch die **Kaiserliche Verordnung vom 2. Juni 1877 betr. die gebührenfreie Beförderung von Telegrammen**[15]) in Betracht, welche jedoch auf den inneren Verkehr in Bayern und Württemberg keine Anwendung findet. Dagegen ist das **Eisenbahntelegraphenreglement** vom 7. März 1876[16])

örtliche Verhältnisse oder der Umfang des Geschäftsbetriebes dies erfordern; an kleineren Orten besorgen die Postagenturen den telegraphischen Dienst; die Telegraphenhilfsstellen sind dem Publikum gegenüber nur Zweigstellen der betreffenden Vermittelungsanstalt. Vgl. Laband S. 352—355. Zorn, Staatsrecht II S. 10, 11. v. Kirchenheim, s. v. Telegraphenverwaltung in Holtzendorffs Rechtslex. IV S. 865—867. — Ueber die historische Entwickelung des deutschen Telegraphenrechts vgl. Fischer in Holtzendorffs Jahrb. 1. Jahrg. (1871) S. 438 ff.

[7]) S. o. § 353 S. 468.

[8]) Citirt: T.O.

[9]) D. h. vielmehr von seinem Stellvertreter. dem Fürsten von Hohenlohe. Desshalb formelle Bedenken bei Zorn, Staatsrecht II S. 3 Not. 6.

[10]) Nr. 35 S. 560—570.

[11]) T.O. § 29 I. Eisenbahntelegraphenregl. § 3.

[12]) T.O. § 28. Die Bedingungen für Telegraphennebenstationen datiren v. 22. Nov. 1882 und stehen im Handbuch für Post und Telegraphie S. 226—229, die Bedingungen für die Theilnahme an einer Stadt-Fernsprecheinrichtung datiren vom Februar 1883 und sind im angef. Handbuch S. 229—235 enthalten.

[13]) So Laband S. 330 insb. Not. 3. Kirchenheim in Holtzendorffs Rechtslex. IV S. 866.

[14]) So Ludewig S. 97. Zorn, Staatsrecht II S. 3 Not. 6. — Die staatsrechtliche Möglichkeit zum Erlasse einer Rechtsverordnung auf dem Gebiete des Telegraphenwesens kann nach R.V. Art. 48 Abs. 2 nicht bezweifelt werden, und bezüglich der Zulänglichkeit ihrer Publikation im Centralblatt gilt das vom R.O.H.G. XXI 20 S. 62 in Ansehung der bundesräthlichen Verordnungen Ausgeführte. S. o. § 353 Not. 23 S. 470.

[15]) R.G.Bl. S. 524—526.

[16]) Centralbl. S. 156—158.

bloss für das Verhältniss der Eisenbahntelegraphen zum Reichstelegraphen, aber nicht für deren Beziehungen zum Publikum massgebend.

b. Die **Telegraphenstaatsverträge** sind entweder Verträge einer der drei deutschen Telegraphenverwaltungen mit ihren unmittelbar angrenzenden ausserdeutschen Nachbarstaaten bezw. Telegraphenverwaltungen, oder Verträge des Deutschen Reiches mit einzelnen ausserdeutschen Staaten, oder Verträge des **Internationalen Telegraphenvereins.**[17]) Allein während die beiden ersten Kategorieen von Verträgen fast nur Tarifbestimmungen enthalten, beruht auf den Verträgen des Internationalen Telegraphenvereins das heutige internationale Telegraphenrecht. Und zwar bildet die jetzige organisatorische Grundlage des Internationalen Telegraphenvereins der **Petersburger Vertrag** vom 10./22. Juli 1875,[18]) während der **Londoner Vertrag** vom 28. Juli 1879[19]) das seit dem 1. April 1880 gültige Reglement für den internationalen Telegraphenverkehr (Règlement de service international) enthält.

Die juristische Bedeutung dieser internationalen Telegraphenverträge dem Publikum gegenüber ist sehr zweifelhaft. Gesetze oder Rechtsverordnungen sind sie nicht, weil sie, wenn auch der Zustimmung des Bundesraths und Reichstags nicht bedürftig, der erforderlichen Publikation in den Gesetz- und Verordnungsblättern entbehren. Sie sind aber auch keine allgemeinen Vertragsnormen.[20]) Denn wie kann dasjenige im gegebenen Falle als vereinbart angesehen werden, was dem Einzelnen nicht nur nicht dem Inhalte nach, sondern nicht einmal

---

[17]) Der Internationale Telegraphenverein wurde durch den Pariser Vertrag vom 17. Mai 1865 zunächst für den europäischen Telegraphenverkehr gegründet, dehnte sich bald aber auch auf die asiatischen und überseeischen Linien aus und nahm nicht bloss die staatlichen sondern auch die privaten Telegraphenverwaltungen in sich auf. Auf den Pariser Vertrag folgten die Verträge von Wien vom 21. Juli 1868, von Rom vom 14. Januar 1872, von Petersburg vom 10./22. Juli 1875 und von London vom 28. Juli 1879. Der Internationale Telegraphenverein besitzt ein Centralbureau in Bern, das den Namen führt: „Bureau international des Administrations télégraphiques" und das eine ähnliche Aufgabe hat, wie das Bureau des Weltpostvereins. Organ des Bureaus ist das in französischer Sprache erscheinende „Journal télégraphique". Petersburger Vertrag art. XIV; Londoner Vertrag art. LXXV—LXXVIII. — Vgl. P. D. Fischer in Holtzendorffs Jahrb. 2. Jahrg. (1873) S. 256, 257. Derselbe, Post und Telegraphie S. 113 ff. v. Kirchenheim in Holtzendorffs Jahrb. N. F. 3. Jahrg. (1879) S. 687 ff. — — In den Internationalen Telegraphenverein sind aufgegangen der Deutsch-Oesterreichische Telegraphenverein, gegründet durch den Dresdener Vertrag vom 25. Juli 1850, und der Telegraphenverein der südwest-europäischen Staaten, gegründet durch den Pariser Vertrag vom 22. Dezember 1855. Vgl. über die Entstehung und Entwickelungsgeschichte dieser Vereine W. Koch in Goldschmidts Zeitschr. IV S. 358 ff., Reyscher S. 274 ff., und über die Geschichte der internationalen Telegraphenverträge überhaupt v. Kirchenheim in Holtzendorffs Rechtslexikon IV S. 863—865.

[18]) Citirt: P.Vertr. — Abgedruckt im Staatsarchiv von Aegidi und Klauhold XXIX Nr. 5554 S. 325—329, in deutscher Uebersetzung im Handbuch für Post und Telegraphie von 1883 S. 259—265, und in Verbindung mit dem Londoner Vertrag zu Berlin in der Reichsdruckerei.

[19]) Citirt: L.Vertr.

[20]) So Kirchenheim in Holtzendorffs Rechtslex. IV S. 864.

der individuellen Existenz nach bekannt ist und bekannt sein kann, da es ja nicht in einer dem Publikum zugänglichen Weise veröffentlicht ist?[21]) Vielmehr können alle diese Staatsverträge nur als Dienstinstruktionen behandelt werden, und dieser Auffassung allein entspricht auch ihre ausschliesslich zu Dienstzwecken den Post- und Telegraphenbehörden gemachte Mittheilung.[22])

II. Der Telegraph ist entweder für den allgemeinen öffentlichen Verkehr bestimmt, er ist **öffentlicher** Telegraph, wie der Staatstelegraph und die von Telegraphengesellschaften betriebenen Telegraphen, oder aber er dient lediglich privaten Zwecken, er ist **Privattelegraph**, wie der auf eigenem Grund und Boden im Betriebe eines Etablissements errichtete Telegraph und die von der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung hergestellten und an Private zum ausschliesslichen Gebrauch vermietheten Telegraphenanlagen, oder aber er hat beide Bestimmungen, er ist **gemischter Natur**, wie der Eisenbahntelegraph. Da die öffentlichen und gemischten Telegraphen zur Lösung der staatlichen bezw. menschheitlichen Verkehrsaufgabe errichtet sind, so steht deren Benutzung einem Jeden zu, in dessen Person die gesetzlichen bezw. reglementarischen Voraussetzungen gegeben sind.[23])

Bestritten ist es, ob im Deutschen Reiche die Telegraphie **monopolisirt** ist.[24]) Die Frage wird richtiger verneint, obschon eine faktische Monopolisirung besteht und die Entwickelung zur rechtlichen Monopolisirung drängt.[25]) Nichtsdestoweniger können aber die Zwecke eines jeden dem Dienste des öffentlichen Verkehrs bestimmten Telegraphen nur als gemeinwirthschaftliche angesehen werden, weshalb die Verwaltungen der Eisenbahntelegraphen als blosse Delegatare der staatlichen Verkehrsaufgabe zu betrachten sind. Dadurch rechtfertigt sich die Ausdehnung der Telegraphenordnung und damit des Beförderungs-(Telegraphirungs-)zwangs auf die Eisenbahntelegraphen.[26])

III. Mit dem faktischen Monopole der Telegraphenverwaltungen im Zusammenhange steht deren Verpflichtung zur Wahrung des **Telegraphengeheim-**

---

[21]) S. o. S. 470 ff.

[22]) Es ist dies unzweifelhaft ein sehr unbefriedigendes Resultat, das entschieden sowohl mit den Intentionen der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung als auch mit der Absicht der T.O. § 29 II in Widerspruch steht. Allein wie man die jeder anderen Auffassung entgegenstehenden formellen Schwierigkeiten beseitigen könnte, vermögen wir nicht einzusehen. Warum beobachtet man nicht die Formen und publizirt diese Verträge nicht im Reichsgesetz- oder Centralblatt?

[23]) T.O. § 1 I S. 1. P.Vertr. art. I, VIII.

[24]) Für Monopol bezw. Regalität: Reyscher S. 285, Bluntschli, Allgem. Staatsrecht (5. Aufl.) II S. 510, Dambach S. 248, Meili S. 12 ff., Fischer in Holtzendorffs Jahrb. 1. Jahrg. (1871) S. 440 und in Behrends Zeitschr. V S. 457: „faktisch vorhandenes Telegraphenregal". Dagegen: Ludewig S. 59, Rösler S. 433 Not. 5. Laband S. 311, 312. Entschieden monopolisirt ist z. B. die Telegraphie in Sachsen durch Gesetz v. 21. Septbr. 1855, Ludewig S. 16, 17; in Frankreich und darum auch in Elsass-Lothringen durch Dekret v. 27. Dezbr. 1851 art. 1, Hepp p. 23, 24, Laband S. 312; in der Schweiz durch Ges. v. 23. Dezbr. 1851, Meili S. 13.

[25]) Vom monopolistischen Geiste ist auch das Eisenbahntelegraphenreglement diktirt. Vgl. auch Ludewig S. 81, 82. Laband S. 312, 313.

[26]) T.O. § 29 I. Eisenbahntelegraphenregl. § 3. Laband S. 314.

nisses.[27]) In Folge dieser Verpflichtung darf weder eine Mittheilung von Telegrammen an unbefugte Personen, gleichgültig ob dieselben Privatpersonen oder öffentliche Beamte sind, stattfinden, noch dürfen die Telegraphenbeamten von irgend einer Thatsache, welche sie durch eine stattgehabte Korrespondenz amtlich in Erfahrung gebracht haben, irgend Jemanden Kunde geben. Ausnahmen von der Unverletzlichkeit des Telegraphengeheimnisses sind nur im Interesse der Rechtspflege zulässig.[28]) Die rechtswidrige[29]) Verletzung des Telegraphengeheimnisses zieht jedenfalls disziplinäre, unter Umständen auch öffentliche[30]) Strafe, und falls ein Vermögensschaden daraus entstanden ist, eine civile Ersatzverbindlichkeit des schuldigen Beamten nach sich.[31])

IV. Nach der Verschiedenartigkeit der zur Telegraphie benutzten technischen Mittel unterscheidet man zwischen den **optischen**, **akustischen** und **elektromagnetischen** Telegraphen. Der akustische Telegraph kommt als Verkehrsmittel nicht in Betracht, ebensowenig heutzutage der optische Telegraph, soweit er nicht semaphorisch ist. Vielmehr hat sich in der modernen Welt der Begriff der Telegraphie auf die elektromagnetische Telegraphie konzentrirt. Dieselbe besteht in der Verwendung der elektromagnetischen Kraft, sei es zum Schreiben in die Ferne, **Telegraphie i. e. S.**, sei es zum Sprechen in die Ferne, **Telephonie.** Zum Fernschreiben dienen eine ganze Reihe von Telegraphenapparaten; jedoch sind auf den deutschen Telegraphenlinien nur zwei derselben im praktischen Gebrauche: der Schreibtelegraph von **Morse**[32]) und der Typendrucktelegraph von **Hughes.**[33]) Ebenso gibt es eine ganze Reihe von Fernsprechapparaten; die Reichstelegraphenverwaltung hat das System von **Werner Siemens**[34]) adoptirt.

V. Der moderne Staat bezw. das Deutsche Reich fördert den telegraphischen Verkehr in zweifacher Weise: durch Errichtung und Betreibung von öffentlichen Telegraphen, sowie durch Herstellung und Vermiethung von Privattelegraphenanlagen.

1. Durch den **öffentlichen Telegraphen** erfüllt der moderne Staat einen Theil seiner Verkehrsaufgabe. Derselbe dient hauptsächlich zur **Beförderung von Nachrichten**, ausserdem aber auch zur **Vermittelung des Geldverkehrs** in der

---

[27]) T.O. § 2. P.Vertr. art. II. Laband S. 302—308.

[28]) Str.P.O. § 99, 100. K.O. § 111. S. o. § 366 Not. 32 S. 541.

[29]) Vgl. über diesen Begriff Dambach S. 287 ff.

[30]) St.G.B. § 355, 358.

[31]) Dagegen hat die Verwaltung nicht dafür einzustehen. Vgl. jedoch auch Mittermaier 46 S. 40. Hepp p. 32. Asser bl. 70, 71.

[32]) Vgl. über dessen Erfindung Zetzsche, Handbuch I S. 123 ff.; über seine Brauchbarkeit Ludewig S. 150, 151, 178.

[33]) Zetzsche I S. 341 ff., Ludewig S. 151, 152, 177, 178. — L.Vertr. art. III.

[34]) Der Siemens'sche Fernsprecher ist nichts als eine Verbesserung des Telephons von Bell, dem eigentlichen Erfinder des Telephons. Vgl. über das Telephon: Die Geschichte und Entwickelung des Elektrischen Fernsprechwesens, 2. Aufl. Berlin 1880 (Verlag von Julius Springer). Fischer, Post und Telegraphie S. 55 ff.

Form der **telegraphischen Postanweisung.**[35]) Obschon demnach die Telegraphenverwaltungen gemeinwirthschaftlichen Zwecken dienen, so betreiben sie doch ihre Geschäfte in privatwirthschaftlicher Form. Desshalb sind dieselben Privatrechtsgeschäfte. Allein sie fallen ebensowenig unter die Kategorie des Vertrags, wie die Rechtsgeschäfte der Post. Es gibt keinen Telegraphenvertrag oder Telegraphenbeförderungsvertrag, sondern nur **gesetzliche Obligationen** auf Seiten der Telegraphenverwaltung zur telegraphischen Beförderung beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen, und auf Seiten des Absenders zur Leistung der unbezahlten Gebühren, falls dieselben nicht vom Adressaten bezahlt werden.[36]) Dabei ist jedoch auch hier nicht ausgeschlossen, dass in Veranlassung des Telegraphirens zwischen der Telegraphenanstalt und den einzelnen Korrespondenten Verträge geschlossen werden, z. B. über Stundung und Zahlung der Gebühren.[37]) Das Rechtsverhältniss zwischen der Telegraphenverwaltung und dem Absender ist nach Analogie der locatio conductio operis zu beurtheilen.[38]) Jedenfalls aber muss man sich davor hüten, die telegraphische Nachrichtenbeförderung als Nachrichten**transport** zu bezeichnen[39]) und dieselbe mit der Postbeförderung zu vergleichen. Denn die Telegraphenanstalt bekommt die zu befördernde Nachricht nicht als ein dem Inhalt und der Form nach fertiges Produkt, wie die Post den Brief und die Zeitung, um dieselbe in dieser Form von Ort zu Ort zu transportiren; vielmehr hat die Telegraphenanstalt die Nachricht erst in diejenige Form umzuwandeln, in welcher sie an den Bestimmungsort geschafft, und ihr sodann gewöhnlich[40]) noch eine zweite Form zu geben, in welcher sie dem Adressaten ausgehändigt werden kann. Der Vorgang ist folgender. Der Beamte der Aufgabestation nimmt durch das Organ des

---

[35]) T.O. § 14. Das Nähere über telegraphische Postanweisungen s. o. § 369 I S. 570—572. Bedenken gegen dieselben bei Ludewig S. 144—146.

[36]) Gegen den Vertrag anscheinend auch Zorn, Staatsrecht II S. 27 ff. S. o. § 366 Not. 23 S. 539.

[37]) T.O. § 18 IV und unten § 373 Text zu Not. 18 und Not. 77.

[38]) Bei den Anhängern der Vertragstheorie herrscht grosser Streit über die rechtliche Natur des Telegraphenbeförderungsvertrags. Die meisten sehen darin eine locatio conductio operis, wie z. B. Fuchs S. 96, Stubenrauch S. 73, 74, Kompe in Goldschmidts Zeitschr. XI S. 51, Reuling, Ebend. XVIII S. 294, Laband S. 332, Meili S. 34, 35, 90, Willeumier bl. 125 sqq., insbes. bl. 136—138, 179—181, 251, Hepp p. 46, 119, 125 sqq. (Transportvertrag). Serafini ist für loc. cond. operarum p. 103—120, 158—171, 192—194 (Lavialle p. 57—68, 93—101, 114, 115; Roncali S. 37—44, 59—64, 72). Andere sind für einen mandatsähnlichen Vertrag, ähnlich dem Vertrage zwischen Mandant und nuncius, wie Busch S. 3 ff., Mittermaier 46 S. 29, 39 (der jedoch zwischen Mandat und Transportvertrag schwankt), Bähr in Iherings Jahrbb. VI S. 303, Robert p. 174—177, van Beijma bl. 17, Asser bl. 40, 41, vgl. jedoch auch bl. 30 sqq. Glasson in der Révue historique II p. 306, 307 plädirt für Innominatkontrakt (woraus sich die Unverantwortlichkeit der Telegraphenanstalt erklären soll); ebenso Ludewig S. 90, 91, 93. Panattoni p. 454 und Mittermaier 42 S. 283 vergleichen ihn sogar dem Mäklervertrag.

[39]) Der Civil Code of New-York § 1144 spricht von einem „carrier by telegraf“ im Gegensatze zum „carrier of messages“.

[40]) D. h. bei den Morse- und den Nadelapparaten.

Gesichts den Inhalt der Depeschenniederschrift in seinen Geis auf und übersetzt ihn mittels seiner technischen Kenntnisse in telegraphische Griffe, welche bestimmte der Depeschenniederschrift wortwörtlich entsprechende Zeichen oder Buchstaben an der Bestimmungsstation hervorrufen. Der Beamte der Bestimmungsstation fasst die Zeichen vermittelst seiner technischen Kenntnisse in sein Bewusstsein auf und übersetzt bezw. überträgt sie wortwörtlich in die gewöhnlichen Sprachzeichen bezw. auf das Aufnahmeformular, während er (beim Hughes'schen Apparat) den mit Buchstaben bedruckten Streifen einfach auf das Aufnahmeformular aufklebt, so dass die Depeschenausfertigung, falls kein Irrthum unterlaufen, ganz genau der Depeschenniederschrift entspricht. In der Depeschenausfertigung bekommt also der Adressat nicht die vom Absender geschriebene Mittheilung selbst, sondern nur deren Inhalt in anderer Form. Mit anderen Worten, die telegraphische Beförderung ist nicht bloss Translokation, sondern gleichzeitig auch **Transformation** der Nachricht. Die Telegraphenanstalt **befördert** nicht bloss die Mittheilung des Absenders an den Adressaten, sondern sie **macht** dieselbe. Desshalb hat der Telegraph sein Analogon nicht in der Post, sondern im Boten, nuncius. Weil die telegraphische Beförderung kein Transportgeschäft ist, desshalb ist sie auch kein Handelsgeschäft, soweit sie nicht im Einzelfalle als kaufmännisches Hülfsgeschäft nach Art. 273 Abs. 1 des H.G.B. in Betracht kommt.[41])

2. Wesentlich verschieden ist das Rechtsverhältniss der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung zu den Inhabern der von ihr hergestellten **Privattelegraphenanlagen.** Die Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung übernimmt es nämlich, zur Förderung des telegraphischen Verkehrs auf kürzeren Entfernungen Telegraphenleitungen herzustellen und an Privatpersonen zu deren eigenem und ausschliesslichem Gebrauche **miethsweise** zu überlassen und zwar zu folgenden Zwecken:

a. Zum telegraphischen Anschluss von Geschäftskomptoirs, Fabriken u. s. w. oder Wohnungen **an eine Reichstelegraphenanstalt.** Eine solche Anlage dient dazu, dem Inhaber die für denselben bei der Reichstelegraphenanstalt, an welche die Nebenstelle angeschlossen ist, eingehenden Telegramme und die von demselben abzusendenden Telegramme der Reichstelegraphenanstalt behufs der Weiterbeförderung telegraphisch zuzuführen. Der Nebentelegraph kann jedoch auch zum Austausch solcher Telegramme benutzt werden, welche bei der Reichstelegraphenanstalt an den Inhaber der Nebenstelle aufgegeben oder von der Nebenstelle aus an die Reichstelegraphenanstalt behufs der Bestellung im Orte oder behufs der Weiterbeförderung mittels besonderer Boten, Brief oder Postkarte abgeführt werden sollen.

b. Zur telegraphischen Verbindung der an einer und derselben Reichstelegraphenanstalt angeschlossenen verschiedenen Komptoirs, Wohnungen u. s. w. **miteinander,** so dass dieselben durch Vermittelung der betreffenden Reichs-

---

[41]) Es ist dies ein entschiedener Mangel des H.G.B. Allein die Nürnberger Kommission betrachtete den Telegraphen ihrer Zeit noch als ein „ausserordentliches Korrespondenzmittel“. Prot. S. 568.

telegraphenanstalt in unmittelbaren telegraphischen Verkehr miteinander treten können.

c. Zur **unmittelbaren** telegraphischen Verbindung von Komptoirs oder Wohnungen u. s. w. **untereinander** ohne Berührung einer Reichstelegraphenanstalt. Eine solche Anlage dient zur telegraphischen Vermittelung von Nachrichten zwischen verschiedenen Wohnungen und Geschäftsstellen einer und derselben Person oder Erwerbsgesellschaft oder zwischen verschiedenen Geschäften und Personen.

Der Betrieb der Nebenstellen findet mit Morse-Apparaten statt oder auch mit Fernsprechern, soweit solche anwendbar sind.

Das Rechtsverhältniss zwischen der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung und den Inhabern der Nebentelegraphen beruht auf einem Vertrage, dessen Normalbedingungen vom Reichspostamt auf Grund der T.O. § 28 aufgestellt sind.[42]) Derselbe ist jedenfalls locatio conductio rei, und in den Fällen wo sich der Inhaber auch der Dienste des Personals der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung bedient, gleichzeitig auch locatio conductio **operarum.** Der Vertrag wird zunächst auf 5 Jahre abgeschlossen. Nach Ablauf dieser Frist steht den Inhabern der Rücktritt nach vorausgegangener halbjähriger Kündigung frei.

Die Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung ist verpflichtet, die Telegraphenanlagen in brauchbarem Zustande zu erhalten. Doch kann sie jederzeit den Betrieb derselben zeitweise oder gänzlich einstellen, ohne dass den Inhabern ein Entschädigungsanspruch zusteht.

Der Inhaber hat den Miethzins, die „**Vergütung**",[43]) vierteljährlich zu pränumeriren. Während der Dauer einer etwaigen Betriebseinstellung ruht die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung; doch werden die für das laufende Vierteljahr bereits entrichteten Beträge in keinem Falle zurückerstattet.

VI. Ein eigenthümliches an die Telegraphie sich anschliessendes Institut ist die **Depeschenspedition.** Es haben sich nämlich in neuerer Zeit Unternehmungen[44]) gebildet, welche Depeschen, die nach transatlantischen oder nach

---

[42]) Dieselben datiren vom 22. November 1882 und stehen unter dem Titel: „Bedingungen für besondere Telegraphenanlagen, welche von der Reichs-Post- und Telegraphen-Verwaltung hergestellt werden" im Handbuch für Post und Telegraphie S. 226—229.

[43]) Die Vergütung beträgt jährlich:

1. Im Falle von lit. a: A. für jeden vollen oder angefangenen km Leitung 50 M.; B. für die Betriebseinrichtungen und Apparate: a. bei Benutzung von Fernsprechern 100 M., b. bei Benutzung von Morse-Apparaten 150 M.

2. Im Falle von lit. b kommen zu der unter Nr. 1 aufgeführten Vergütung noch weitere 50 M. hinzu.

3. Im Falle von lit. c sind zu bezahlen: A. für den km Leitung 50 M.; B. für jede Betriebsstelle eines und desselben Inhabers: a. bei Benutzung von Fernsprechern 50 M., b. bei Benutzung von Morse-Apparaten 100 M. Die Beträge unter B sind, wenn die Anlagen für den Verkehr zwischen Geschäftsstellen verschiedener Inhaber bestimmt sind, von jedem derselben besonders zu entrichten.

[44]) Z. B. die Neue Börsenhalle in Hamburg, die Agentur Havas in Paris.

anderen weit entfernten Plätzen bestimmt sind, um eine niedrigere Gebühr befördern, als der Absender zahlen müsste, wenn er unmittelbar die Telegraphenanstalt angehen würde. Ermöglicht wird diese billige Spedition durch Zusammenlegung mehrerer Depeschen in Gesammttelegramme,[45]) sowie durch Anwendung von Abkürzungsmethoden vermittels der Chiffern. Die Depeschenspedition nimmt der telegraphischen Beförderung gegenüber die nämliche Stellung ein, wie die Güterspedition dem Frachtgeschäfte gegenüber. Die Speditionsunternehmungen schliessen reglementarisch die Haftung für Verzögerung, Verstümmelung und Nichtablieferung der Depeschen aus. Dies verstösst nicht nur nicht gegen die guten Sitten, sondern ist vielmehr ganz selbstverständlich, weil ja die Telegraphenanstalten selbst für jene Ereignisse nicht einstehen, und weil der Depeschenspediteur dem Absender keine Versicherung geben, sondern bloss eine Gebührenermässigung verschaffen will. Der Depeschenspediteur haftet desshalb nur dafür, dass bei der Absendung der Depeschen, namentlich also auch bei der Auswahl der Chiffern mit aller Vorsicht und Sorgfalt verfahren wird, mag er selbst die Depesche absenden oder mag er sie einer anderen Speditionsanstalt zur Beförderung übergeben; denn er hat für die Versehen der letzteren einzustehen. Ausserdem ist er für culpa in eligendo verantwortlich, wenn ihm die Auswahl unter mehreren Telegraphenlinien zusteht.[46])

Aehnlich wie die Eisenbahn und die Post[47]) kann aber unter Umständen auch die Telegraphenverwaltung speditionspflichtig sein, nämlich wenn eine Depesche an einen Bestimmungsort befördert werden soll, der an einer Linie liegt, welche nicht zum Gebiete des Internationalen Telegraphenvereins gehört.

Die Depeschenspedition ist kein Grundhandelsgeschäft, weil die telegraphische Beförderung kein Frachtgeschäft ist.

§ 373.

B. Rechtsverhältnisse zwischen den öffentlichen Telegraphen und dem Publikum.

I. Die Telegraphenverwaltung ist **verpflichtet:**

1. Zur **Annahme und Beförderung** der ihr ordnungsmässig aufgegebenen Depeschen. Die telegraphenordnungsmässigen Voraussetzungen sind:

a. Die Aufgabe muss **am rechten Ort,** d. h. bei einer Telegraphenanstalt erfolgen. Doch ist nicht unmittelbare persönliche Uebergabe der Depesche nothwendig. Denn die Aufgabe kann auch **brieflich**, sowie durch Vermittelung der **Telegraphenboten und Landbriefträger**, bei den Bahnposten auch durch Einlegen in die an den Bahnpostwagen angebrachten **Briefeinwürfe** geschehen. An grösseren Verkehrsorten können **sämmtliche Postanstalten,** auch wenn mit diesen eine Telegraphenbetriebsstelle nicht verbunden ist, zur Annahme von

---

[45]) Aehnlich der Sammlung von Stückgütern zur Beförderung in Wagenladungen.

[46]) Vgl. R.O.H.G. XXI 59 S. 187 ff.

[47]) S. o. § 358 I 2 S. 511, 512 u. § 367 II 3 a ε S. 553 Text zu Not. 88.

Telegrammen ermächtigt, sowie die Benutzung der **Briefkasten** zur Auflieferung von Telegrammen gestattet werden.[1]) Auch durch **Nebentelegraphen** und durch **Stadtfernsprecher** können Telegramme aufgegeben werden.[2])

b. Die Aufgabe muss zur **rechten Zeit**, d. h. zu den Dienststunden der betreffenden Telegraphenanstalt stattfinden.[3])

c. Die Depesche muss die **vorschriftsmässige äussere Form** haben. An und für sich könnte man den Inhalt der Depesche auch mündlich dem Telegraphenbeamten mittheilen, allein der Sicherheit halber ist die **schriftliche Form** erfordert. Die Depesche muss deutlich und verständlich in solchen deutschen oder lateinischen Buchstaben bezw. in solchen Zeichen geschrieben sein, welche sich durch den Telegraphen wiedergeben lassen.[4]) Sie muss ordnungsmässig **adressirt** sein.[5]) Telegramme, deren Adresse den Anordnungen der T.O. nicht entspricht, sollen dennoch zur Beförderung angenommen werden, falls ihre Beförderung überhaupt faktisch und rechtlich möglich ist; allein der Absender hat die Folgen der Ungenauigkeit und Unvollständigkeit zu tragen.[6]) Dagegen kann die **Unterschrift** nicht nur in abgekürzter Form stattfinden, sondern auch ganz weggelassen werden.[7]) Doch ist der Absender eines Privattelegramms verpflichtet, sich auf desfallsiges Verlangen über seine Persönlichkeit auszuweisen. Seinerseits steht es ihm frei, in das Telegramm die Beglaubigung seiner Unterschrift aufzunehmen.[8]) Was den **Text** der Depeschen betrifft, so sind zu unterscheiden:

α. Telegramme in **offener** Sprache. Dies sind solche Telegramme, welche in deutscher oder in einer anderen als zulässig bezeichneten Sprache der Art abgefasst sind, dass der Inhalt einen verständlichen Sinn hat.[9])

β. Telegramme in **verabredeter** Sprache. Dieselben sind aus Wörtern

---

[1]) T.O. § 7.

[2]) S. o. § 372 V 2 a S. 591 u. unten § 375 III 2.

[3]) Man unterscheidet in dieser Beziehung: 1. Anstalten mit ununterbrochenem Dienst (Tag und Nacht); 2. Anstalten mit verlängertem Tagesdienst (von 7 bezw. 8 Uhr des Morgens bis Mitternacht); 3. Anstalten mit vollem Tagesdienst (von 7 bezw. 8 Uhr Morgens bis 9 Uhr Abends); 4. Anstalten mit beschränktem Tagesdienst (den örtlichen Bedürfnissen entsprechend). T.O. § 3. Eisenbahntelegraphenregl. § 5. L.Vertr. art. IV.

[4]) T.O. § 6 I S. 1, 2. L.Vertr. art. X Z. 1, art. XI.

[5]) T.O. § 6 I S. 3, II, III; abgekürzte Adresse: IV, V; Telegramme mit der Bezeichnung „amtslagernd", „postlagernd" oder „bahnhoflagernd": § 4 II; Adresse bei Seetelegrammen: § 19 II. — L.Vertr. art. X Z. 2, art. XII, XLIII Z. 1.

[6]) T.O. § 6 VII. L.Vertr. art. XII Z. 6, 7. Vgl. Verf. der Generaldirektion der Telegraphen v. 27. April 1872 in Goldschmidts Zeitschr. XVIII S. 473, 474.

[7]) T.O. § 6 I S. 4, 5. L.Vertr. art. X Z. 3.

[8]) T.O. § 1 II, und zwar hinter der Unterschrift, VI S. 1 a. E., § 20 II S. 5, § 25 III. L.Vertr. art. XV. P.O. § 29 V. Die Beglaubigung hat jedoch die Telegraphenanstalt dem Adressaten gegenüber nicht zu vertreten; vgl. W. Koch S. 353, Ludewig S. 108, 109.

[9]) Die Deutsche Sprache ist nothwendig nur bei Depeschen, welche streckenweise oder ausschliesslich durch Telegraphen der innerhalb des Deutschen Reichs gelegenen Eisenbahnen zu befördern sind. T.O. § 5 II Z. 1, III. L.Vertr. art. VI, VII.

zusammengesetzt, welche, obwohl jedes für sich eine sprachliche Bedeutung hat, keine für die betreffenden Dienststellen verständlichen Sätze bilden.[10])

γ. Telegramme in **chiffrirter** Sprache. Dahin gehören einmal diejenigen Telegramme, deren Text aus Ziffern oder geheimen Buchstaben besteht; sodann diejenigen, welche entweder Reihen oder Gruppen von Ziffern oder Buchstaben, deren Bedeutung der Aufgabeanstalt nicht bekannt ist, oder Wörter Namen oder Zusammenfügungen von Buchstaben enthalten, welche die für die offene oder verabredete Sprache geforderten Bedingungen nicht erfüllen.[11])

Man fasst die beiden letzten Arten von Depeschen oft unter der gemeinschaftlichen Bezeichnung: **geheime** Telegramme zusammen, und nennt dann die ersten **offene** Telegramme. Innerhalb des Deutschen Reichs sind sowohl offene wie geheime Telegramme schlechthin zulässig, während im internationalen Verkehr die geheimen Privattelegramme nur dann gestattet sind, wenn sowohl die Aufgabe- als auch die Adressstation in Staaten liegt, welche diese Art der Korrespondenz zulassen.[12]) **Seetelegramme** (semaphorische Depeschen), d. h. Telegramme, welche mit den Schiffen in See mittels der an der Küste gelegenen Seetelegraphen gewechselt werden, müssen entweder in deutscher Sprache oder in Zeichen des allgemeinen Handelscodex abgefasst sein.[13])

d. Der **Inhalt** der Depesche darf nicht gegen die Gesetze, das öffentliche Wohl und die Sittlichkeit verstossen.[14])

e. Der Aufgeber muss bei der Aufgabe **sämmtliche bekannte Gebühren im Voraus entrichten**,[15]) sofern nicht das aufgegebene Telegramm zu den gebührenfreien gehört.[16]) Die Entrichtung derselben hat entweder baar oder mittels Telegraphenfreimarken zu geschehen.[17]) Personen, welche sich des Telegraphen häufiger bedienen, können jedoch in Folge besonderer Verabredung mit der Telegraphenanstalt zur monatlichen Entrichtung der Gebühren zugelassen werden gegen Einzahlung eines entsprechenden Vorschusses und gegen eine besondere Vergütung für Buchung und Stundung der Gebühren.[18])

---

[10]) T.O. § 5 II Z. 2, IV. L.Vertr. art. VI, VIII.

[11]) T.O. § 5 II Z. 3, V, VI. L.Vertr. art. VI, IX Z. 1, 2.

[12]) P.Vertr. art. VI Abs. 1, 2. L.Vertr. art. IX Z. 3. Nach art. VI Abs. 3 des P.Vertr. darf das blosse Transitiren geheimer Privattelegramme prinzipiell nicht gehemmt werden.

[13]) T.O. § 19 I. L.Vert. art. LVIII Z. 1, 2.

[14]) T.O. § 1 III. Vgl. P.O. § 29 V. P.Vertr. art. VII. L.Vertr. art. XLII.

[15]) T.O. § 18 I.

[16]) Die Gebührenfreiheit bestimmt sich nach der Kaiserl. Verordn. v. 2. Juni 1877 (R.G.Bl. S. 524—526) und nach den internationalen Verträgen. P.Vertr. art. XI. Die Gebührenfreiheit erstreckt sich jedoch nur auf die Telegraphirungsgebühren, nicht aber auch auf die baaren Auslagen für Weiterbeförderung über die Telegraphenlinien hinaus; Cit. Verordn. § 2 Abs. 1, 2. Laband S. 343.

[17]) T.O. § 18 III. R.Ges. v. 16. Mai 1869 und Instruktion dazu v. 15. Juli 1869. — Ueber Einrichtung und Verfahren bei Benutzung der Telegraphenfreimarken vgl. Journal télégraphique Jahrg. 1870 Nr. 4—8. — Bei den Eisenbahn-Telegraphenstationen erfolgt die Entrichtung der Gebühren stets baar. T.O. § 18 III S. 1.

[18]) T.O. § 18 IV. Diese Bestimmung findet auf Eisenbahn-Telegraphenstationen

Sind diese Bedingungen erfüllt, so ist die Telegraphenverwaltung verpflichtet:

a. Zur **Annahme** der Depesche. Doch kann sie die Annahme verweigern, wenn sie ihre Linien und Telegraphenanstalten zeitweise ganz oder für die in Frage kommende Strecke für alle oder für die betreffende Gattung von Korrespondenz geschlossen hat.[19])

b. Zur rechtzeitigen **Absendung** der Depesche. Davon ist regelmässig auch die rechtzeitige Ankunft derselben am Bestimmungsorte abhängig.[20]) Die Absendung erfolgt regelmässig in der Reihenfolge der Aufgabe. Doch haben bei der Beförderung die Staatstelegramme vor allen übrigen Telegrammen, die Telegraphendiensttelegramme vor den Privattelegrammen und die dringenden Privattelegramme vor den gewöhnlichen Privattelegrammen den Vorzug.[21]) Zur Absendung kommt es nicht, wenn vor der Abtelegraphirung das Telegramm vom Absender zurückgefordert, **„zurückgezogen"** wird, was demselben unbedingt freisteht.[22]) Hat im internationalen Verkehr der Absender einen bestimmten Beförderungsweg vorgeschrieben, so ist derselbe einzuhalten, den Fall seiner Unterbrechung ausgenommen.[23])

2. Nach der Ankunft des Telegramms bei der Bestimmungsstation ist dieselbe je nach Lage der Verhältnisse entweder zur **Weiterbeförderung** oder zur **Bestellung** verpflichtet. Zu diesem Behufe werden die Telegramme bei der Aufnahme bezw. gleich nach der Ankunft verschlossen, falls nicht offene Bestellung (R.O.) ausdrücklich verlangt ist.[24]) Möglicherweise ist das Telegramm zu **vervielfältigen**, d. h. an mehrere Adressaten in einem Orte oder an einen und denselben Adressaten nach verschiedenen Wohnungen desselben Ortes weiter zu befördern bezw. zu bestellen.[25]) Der Absender kann aber auch das Telegramm vor der Weiterbeförderung bezw. Bestellung **unterdrücken**, indem er ein zweites Telegramm mit dem Auftrage an die Bestimmungsstation ergehen lässt, dass das bereits abgegangene Telegramm nicht bestellt werde. Zu diesem Behufe muss er ein schriftliches Ansuchen stellen und sich als Absender oder dessen Beauftragter legitimiren. Vom Erfolge wird ihm brieflich Kenntniss gegeben, falls er keine telegraphische Auskunft verlangt.[26])

---

keine Anwendung; T.O. § 18 IV S. 3. — Im Auslande ist mitunter (monatliches, vierteljähriges u. s. w.) Abonnement zulässig.

[19]) T.O. § 1 I. P.Vertr. art. VIII.

[20]) Welche auffällige Erscheinungen in Bezug auf die Ankunft der Depeschen das durch die Längendifferenz weit auseinander liegender Orte bewirkte verschiedene Zeitdatum hervorrufen kann, s. bei Knies S. 190 ff.

[21]) T.O. § 5 I, § 10. Eisenbahntelegraphenregl. § 4. L.Vertr. art. XXIX—XXXI, XLV.

[22]) T.O. § 20 I S. 1. L.Vertr. art. XLI Z. 1. In diesem Falle bekommt der Absender die Depesche im Original zurück, dagegen nicht, wenn die Abtelegraphirung bereits begonnen hatte. Ludewig S. 133, 148.

[23]) L.Vertr. art. XXXVIII.

[24]) T.O. § 21 I, § 6 VI. — (R.O.) = remettre ouvert.

[25]) T.O. § 16 I. Sämmtliche Adressen werden dabei vor den Text gestellt. L.Vertr. art. LIV.

[26]) T.O. § 20 II. L.Vertr. art. XLI Z. 3.

a. Die **Weiterbeförderung** findet statt, wenn die Telegramme nach einem anderen als dem Ankunftsorte bestimmt sind. Diese Weiterbeförderung erfolgt mit möglichster Beschleunigung nach dem vor der Adresse der Depesche durch einen taxpflichtigen Zusatz ausgedrückten Wunsche des Absenders entweder durch die Post mittels eingeschriebenen bezw. gewöhnlichen Briefs, oder durch Eilboten, oder durch Post und Eilboten, oder durch Estafette.[27] Eine Weiterbeförderung kann auch auf Veranlassung des Adressaten stattfinden, falls derselbe vorher an die Telegraphenanstalt das Verlangen gestellt hatte, dass die bei derselben ankommenden Telegramme an eine von ihm angegebene Adresse weiterbefördert werden.[28]

b. Die **Bestellung** findet statt, wenn die Telegramme nach dem Orte der Bestimmungsstation selbst gerichtet sind, und zwar nach folgenden Grundsätzen:

α. Die Bestellung hat **so schleunig als möglich** zu geschehen. Dabei haben Staats-, sowie Dienst- und dringende Privattelegramme wieder den Vorzug vor anderen Telegrammen.[29]

β. Die Bestellung hat nach dem **richtigen Ort** zu geschehen, d. h. nach der Wohnung des Empfängers bezw. nach dem in der Adresse bezeichneten Ort bezw. bei postlagernden Telegrammen nach der Post,[30] ja unter Umständen auch nach dem vom Adressaten bezeichneten Ort. Es kann nämlich Jedermann, erforderlichen Falls nach gehörigem Ausweis, sowohl mündlich wie schriftlich (brieflich) verlangen, dass die bei einer Telegraphenanstalt ankommenden und in deren Bestellbezirk ihm zuzustellenden Telegramme an eine von ihm angegebene Adresse bestellt (bezw. weiter befördert) werden.[31] Ist die Bestellung des Telegramms nach einem dieser Orte unmöglich, so wird, falls der Absender den Zusatz „nachzusenden“ oder (F. S.) der Adresse des Telegrammes beigefügt hatte, das Telegramm an denjenigen Ort weiterbefördert, welcher der Bestimmungsanstalt in der Wohnung des Adressaten mitgetheilt worden ist.[32] Hat der Absender aber keinen solchen Zusatz gemacht, und hat der Adressat seinen Aufenthaltsort verändert, so kommt es darauf an, ob dessen neuer Aufenthaltsort unzweifelhaft bekannt ist oder nicht. Im ersten Falle findet, auch ohne dass dies ausdrücklich verlangt worden ist, eine Nachtelegraphirung an den neuen Aufenthaltsort statt, wenn sich daselbst eine Reichstelegraphenanstalt befindet,[33] dagegen wird im andern Falle das Telegramm als unbestellbar behandelt.

γ. Die Bestellung muss an den **Adressaten oder dessen legitimirten Vertreter** geschehen. An den Adressaten selbst müssen nur jene Telegramme bestellt werden, welche den Vermerk „eigenhändig“ tragen. Andere Telegramme können in der Wohnung des Adressaten auch an ein erwachsenes Familien-

---

[27]) T.O. § 17 I, II, § 6 VI, § 15 I. II, § 21 III. L.Vertr. art. LV—LVII.

[28]) T.O. § 21 IV.

[29]) T.O. § 21 III, § 22 I, II. P.Vertr. art. V. L.Vertr. art. XLIII Z. 2, 3.

[30]) T.O. § 22 I; vgl. § 19 I. L.Vertr. art. XLIII Z. 4, 5.

[31]) T.O. § 21 IV. L.Vertr. art. LIII.

[32]) T.O. § 15 I, II. L.Vertr. art. LII. — (F.S.) = faire suivre.

[33]) T.O. § 21 V.

mitglied, an einen Geschäftsgehilfen, den Gast- oder Hauswirth oder den Portier des Gasthofs bezw. des Hauses abgegeben werden, insofern der Adressat für derartige Fälle nicht einen besonderen Bevollmächtigten der Telegraphenanstalt schriftlich namhaft gemacht hat. Auch in die an der Wohnung des Empfängers angebrachten Briefkasten können diese Telegramme gesteckt werden, falls keine Empfangsscheine für sie ausgestellt sind. Telegramme, welche den Vermerk „bahnhoflagernd“ tragen, werden an den Bahnhofvorsteher oder dessen Stellvertreter abgegeben.[34] Ist über den Adressaten der Konkurs eröffnet, so ist auf Anordnung des Konkursgerichtes der Konkursverwalter zum Empfange legitimirt.[35]

δ. Ist das Telegramm **unbestellbar**, so hat der Bote einen **„Benachrichtigungszettel“** in der Wohnung u. s. w. des Adressaten zurückzulassen bezw. an die Eingangsthür anzuheften, das Telegramm selbst aber zur Anstalt zurückzubringen. Von der Unbestellbarkeit und den Gründen derselben wird der Aufgabeanstalt telegraphisch Meldung gemacht. Ist der Absender bekannt, so wird die **„Unbestellbarkeitsmeldung“** ihm gegen Zahlung einer Gebühr von 30 Pfennigen übermittelt. Das unbestellbare Telegramm selbst wird bei der Bestimmungsstation 6 Wochen lang aufbewahrt. Meldet sich innerhalb dieser Zeit der Adressat zur Empfangnahme des Telegramms nicht, so wird es vernichtet. In gleicher Weise wird mit Telegrammen verfahren, welche die Bezeichnung: „amts-“, „post-“ oder „bahnhoflagernd“ tragen.[36]

ε. Der Aufgeber kann die **Antwort**, welche er vom Empfänger verlangt, **vorausbezahlen.** Alsdann hat die Ankunftsstation dem Empfänger neben der Telegrammausfertigung ein **„Antwortsformular“** zuzustellen, welches demselben die Berechtigung gibt, innerhalb der Grenzen der vorausbezahlten Gebühr binnen 6 Wochen ein Telegramm an eine beliebige Bestimmung unentgeltlich aufzugeben. Kann das Ursprungstelegramm nicht bestellt werden, oder verweigert der Empfänger ausdrücklich die Annahme des Antwortsformulars, so benachrichtigt die Ankunftsstation den Absender unmittelbar durch eine entsprechende dienstliche Meldung, welche die Stelle der Antwort vertritt.[37]

Der Aufgeber kann auch eine **Empfangsanzeige** über die Zeit der Zustellung des Telegramms verlangen. Alsdann wird dem Empfänger mit der Telegrammausfertigung ein **„Empfangsschein“** zugestellt, den derselbe oder sein legitimirter Vertreter durch Namensunterschrift zu vollziehen hat. Der Empfang wird dem Absender entweder an den Aufgabeort oder nach seinem Verlangen an einen anderen Ort telegraphisch übermittelt. Dasselbe geschieht bei unbestellbaren Ursprungstelegrammen nach 24 Stunden bezüglich der Unbestellbarkeit.[38]

---

[34]) T.O. § 22 IV, V. L.Vertr. art. XLIV Z. 1, 2. Ueber die Bestellung von Telegrammen an Reisende in Gasthöfen: T.O. § 22 VI.

[35]) K.O. § 111.

[36]) T.O. § 22 VII, § 23, § 11 V S. 1, § 13 III S. 1, § 19 III (Seetelegramme). L.Vertr. art. XLIV Z. 3—9, art. LIX Z. 3, 4.

[37]) T.O. § 11. L.Vertr. art. XLVI—XLVIII. Ludewig S. 128—131.

[38]) T.O. § 13, § 21 II, § 22 VIII. L.Vertr. art. L, LI.

2. Sehr bestritten ist die Frage, ob dem Adressaten ein **selbständiger Anspruch auf Auslieferung** des angekommenen Telegramms zustehe. Die Anhänger der Vertragstheorie gewähren ihm in ihrer Mehrheit einen solchen unter verschiedenartiger Begründung.[39]) Allein ein solcher Anspruch lässt sich vom Vertragsstandpunkte aus nicht begründen, auch nicht durch die Analogie des Frachtgeschäfts, da die telegraphische Beförderung kein Transport ist.[40]) Nur wenn die Aushändigungspflicht der Telegraphenanstalt auf einer gesetzlichen Obligation beruht, wie dies nach unserem praktischen Telegraphenrecht der Fall ist, muss dem Adressaten ein selbständiger Anspruch gewährt werden, weil die gesetzliche Obligation nicht bloss zu Gunsten des Absenders, sondern auch zu Gunsten des Empfängers wirksam ist. Doch darf der Empfänger seinen Auslieferungsanspruch nicht in Widerspruch mit dem Unterdrückungsrechte des Absenders geltend machen.

3. Nach allgemeinen Prinzipien sollte die Telegraphenverwaltung auch für **richtige und rechtzeitige Ueberkunft bezw. Zustellung** der Telegramme haften und zwar mit der Sorgfalt eines ordentlichen Telegraphisten.[41]) Allein diese Haftung ist im Zusammenhang mit der Eigenthümlichkeit des telegraphischen Dienstes wesentlich zum Nachtheil des Publikums alterirt. Denn nach der T.O. § 24 I leistet die Telegraphenverwaltung für die richtige Ueberkunft der Telegramme oder deren Ueberkunft und Zustellung innerhalb bestimmter Frist keinerlei Gewähr und hat Nachtheile, welche durch Verlust Verstümmelung oder Verspätung der Telegramme entstehen, nicht zu vertreten.[42]) Dabei ist es ganz gleichgültig, ob diese Ereignisse auf Unfälle oder auf die Schuld des Dienstpersonals zurückzuführen sind.[43]) Dagegen ist allerdings der schuldige

---

[39]) Wirkliche Cession: Höpfner im Arch. f. civ. Prax. 36 S. 119 und ihm zustimmend Meili S. 41, 42. Fingirte Cession: Goldschmidt in s. Zeitschr. XIII S. 351. Vertrag zu Gunsten Dritter: Reuling in Goldschmidts Zeitschr. XVIII S. 295, 296, Meili S. 37 ff. Negotiorum gestio der Telegraphenanstalt: Goldschmidt a. a. O., Asser bl. 46—48, Willeumier bl. 188, 189, 251, Meili S. 40, 41.

[40]) Endemann § 162 III. W. Koch S. 350, 353. Ludewig S. 89.

[41]) Diese Haftung ergibt sich aus der Analogie der locatio conductio operis. Stubenrauch S. 73, 74. Goldschmidt in s. Zeitschr. XIII S. 351. Serafini p. 103—120, 158—171, 192—194 (Lavialle p. 57—68, 93—101, 114, 115; Roncali S. 37—44, 59—64, 52). Hepp p. 46, 119, 125 sqq. Asser bl. 41. Willeumier bl. 125 sqq., insb. bl. 136—138, 179—181, 250, 251. A. M. Ludewig S. 140, 164. Von der strengeren Rezeptshaftung kann unter keinen Umständen die Rede sein, da die telegraphische Beförderung ja kein Transport ist. A. M. Reyscher S. 298 ff.

[42]) Ebenso: P.Vertr. art. III. Franz. Ges. v. 29. Nov. 1850 art. 6. Belg. Ges. v. 1. März 1851 art. 6. Wet op de telegraphie van 1852 art. 9 und holl. Regl. v. 1865 art. 21. Schweiz. Bundesges. v. 18. Dezbr. 1867 Art. 11. In England wird die Ausschliessung der Verantwortlichkeit als eine der Electric-Telegraph Companys Act v. 1853 entsprechende reasonable regulation betrachtet nach Willeumier bl. 192 Not. 2. Nur die Vereinigten Staaten machen nach Lavialle de Lameillère p. 152 eine Ausnahme, insofern die dortigen Telegraphengesellschaften im Falle der Kollationirung wegen Irrthümer Schadenersatz leisten. Einen interessanten Fall aus der amerikanischen Praxis bei Robert p. 254, 255.

[43]) Wäre die T.O. keine Gesetzes-, sondern eine Vertragsnorm, so müsste die

Beamte schadenersatzpflichtig, aber nicht wegen Vertragsverletzung, sondern nur insoweit er nach dem betreffenden Civilrechte wegen Deliktes verantwortlich gemacht werden kann,[44]) desshalb nicht bloss dem Absender, sondern auch dem Adressaten.

In zwei Fällen restituirt jedoch die Telegraphenverwaltung auf erhobene Reklamation die entrichtete Gebühr:

a. **Wenn ein Telegramm durch Schuld des Telegraphenbetriebs gar nicht**

Telegraphenverwaltung auf jeden Fall für dolus und lata culpa ihrer Beamten haften, da dieselben bei Handlungen innerhalb ihrer Kompetenz nur die funktionirende Telegraphenverwaltung selbst sind (vgl. Kierulff, Theorie des gem. Civilr. S. 135 Not. ..., Asser bl. 57, 58, Kompe, Zeitschr. f. deutsches Recht 18 S. 328), und kein Kontrahent die Verantwortlichkeit für eigenen dolus und eigene culpa lata durch Vertragsklauseln ausschliessen kann. L. 27 § 3, 4 D. de pact. (2, 14); l. 17 pr. D. commod. (13, 6); l. 1 § 7 D. depos. (16, 3); l. 23 D. de R.J. (50, 17) vbd. m. l. 1 § 1 D. si mensor (11, 6); l. 29 pr. D. mand. (17, 1); l. 1 § 2 D. si is qui testam. (47, 4). Code civ. art. 6. Vgl. auch Reyscher S. 314, 474, 477. Beschorner, Deutsch. Eisenbahnr. S. 298 u. Arch. f. civ. Praxis 41 S. 400 ff. Gensel S. 182. Meili S. 193. Serafini p. 181—189 (Lavialle p. 107—113; Roncali S. 67—71) und Serafini beistimmend Mittermaier 46 S. 40 ff. und Stubenrauch in Haimerls Vierteljahrschr. XIII a. a. O. Hepp p. 136. Robert p. 255, 256. Willeumier bl. 193—195, 251, 252. Van Beijma bl. 26. Asser bl. 56—58, 64 (welche beide letzteren aber die Verantwortlichkeit für culpa lata ausschliessen lassen). A. M. W. Koch S. 352 verb. m. S. 312—314. Gad, Haftpflicht S. 50. Fuchs S. 96, 97. — S. o. S. 349, Text zu Not. 114.

[44]) Der Beamte ist auch bei Annahme der Vertragstheorie auf keinen Fall das verantwortliche Vertragssubjekt, da er als Organ der Telegraphenanstalt nur Namens derselben kontrahirt und die Anstalt gar nicht anders kontrahiren kann als durch ihn. Fuchs S. 97, Stubenrauch S. 75, Hepp p. 135, 136. — Mit Unrecht zweifelt Koch S. 352 Not. 4 an der Verantwortlichkeit des Beamten. Allerdings ist er vom Standpunkte des Rechtsgeschäftes aus als Beamter, als unselbständiges funktionirendes Organ der Telegraphenverwaltung, durch die Telegraphenordnung bezw. nach Kochs Theorie durch das die Haftung ausschliessende Reglement geschützt, aber nicht vom Deliktsstandpunkte aus als Privatmann, und als solcher kommt er bei dolus und lata culpa in Betracht, da ein Verhalten, welches der gewöhnliche, d. h. jeder andere Telegraphenbeamte vermeidet, nicht mehr als das Verhalten eines Telegraphenbeamten überhaupt angesehen werden kann. Dagegen müssen ihm leichtere Versehen nach der Natur des Telegraphenbetriebs nachgesehen werden. Anders nach der Ansicht von Busch S. 18—20, Ludewig S. 94, 95, Meili S. 113 ff.; vgl. jedoch auch S. 195, 196, Serafini p. 179—181 (Lavialle p. 106, 107; Roncali S. 67), Asser bl. 65 Not. 1, Willeumier bl. 196, 197, die den Telegraphenbeamten wegen jeder Fahrlässigkeit verantwortlich machen. Busch, Serafini, Meili und Willeumier geben dem Absender, die beiden letzteren auch dem Adressaten, auf Grund einer negotiorum gestio die Klage der Telegraphenverwaltung gegen den fahrlässigen Beamten als eine actio utilis tamquam cessa, daneben aber auch noch die actio doli und, von Meili abgesehen, auch die actio legis Aquiliae. Die actio utilis tamquam cessa ist unmöglich, weil die Telegraphenverwaltung in Folge ihrer Unverantwortlichkeit (darin liegt der Unterschied gegenüber den Fällen in l. 8 § 3, l. 14 pr. D. mand. (17, 1) u. l. 36 D. de fidej. (46, 1)) gar keine Klage gegen ihren Beamten hat, die actio leg. Aqu., weil keine Sachbeschädigung vorliegt. Und demnach bleibt nur die actio doli bezw. die selbständige Schadensklage der Partikularrechte übrig. Vgl. o. S. 346, 347. — Ueber die strafrechtliche Ahndung der Verfälschung und Unterdrückung von Telegrammen s. Str.G.B. § 355, 358 und dazu Ludewig S. 102, 103.

oder mit bedeutender Verzögerung in die Hände des Adressaten gelangt ist.[45]) Schuld des Telegraphenbe**triebs** ist etwas Anderes als Schuld der Telegraphen**verwaltung.** Es ist darunter jedes Versagen der Personen und Mittel des Telegraphenbetriebs zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, worin dieses Versagen seinen Grund hat, und ob dieser Grund von der Telegraphenverwaltung beseitigt werden konnte oder nicht. Schuld des Telegraphenbetriebs liegt auch dann vor, wenn durch irgend ein Naturereigniss die Telegraphenleitung unterbrochen oder gestört wird. Daraus folgt, dass dieser Restitutionsanspruch nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Ursache der Verzögerung oder Nichtablieferung des Telegrammes ausserhalb des Telegraphenbetriebs, z. B. in der Person des Adressaten selbst liegt.[46]) Als **erheblich verzögert** ist ein Telegramm anzusehen, wenn es nicht früher in die Hände des Adressaten gelangt ist, als dies mittels der Post bei gleichzeitiger Aufgabe geschehen wäre, im ausländischen Verkehr auch, wenn die Verzögerung zweimal 24 Stunden für ein europäisches und sechsmal 24 Stunden für ein aussereuropäisches Telegramm übersteigt.[47])

b. **Wenn ein verglichenes Telegramm in Folge Verstümmelung erweislich seinen Zweck nicht hat erfüllen können.**[48]) Da eine jede Verstümmelung durch Schuld des Telegraphenbetriebs hervorgerufen wird, so bedarf es für diesen Restitutionsgrund keiner weiteren Unterscheidung. Ein **verglichenes** oder **kollationirtes** Telegramm ist ein solches, welches auf Verlangen des Aufgebers von den verschiedenen Anstalten, welche bei seiner Beförderung mitwirken, durch Rücktelegraphirung an die jedesmalige Absendestation mit der Depeschenniederschrift verglichen wird.[49]) Von dem verglichenen Telegramm zu unterscheiden ist das **Berichtigungstelegramm.** Darunter versteht man ein jedes Telegramm, welches behufs Berichtigung oder Ergänzung eines beförderten oder in der Beförderung begriffenen Telegramms zwischen dem Aufgeber und dem Adressaten oder von einem der Beiden mit einer Telegraphenanstalt gewechselt wird.[50])

Aber auch in diesem beschränkten Umfange haftet die Telegraphenverwaltung nur auf Ersatz derjenigen Gebühren, welche in Folge Verzögerung, Verstümmelung oder Nichtankunft der Telegramme **unmittelbar** vergeblich aufgewandt worden sind, nicht auch auf Ersatz der nur mittelbar veranlassten Gebührenauslagen. Denn der Anspruch auf Rückerstattung der Gebühren ist kein Schadenersatzanspruch, sondern eine condictio caussa data caussa non secuta, die auf dem Ausbleiben des erwarteten Aequivalentes, des telegraphischen Effekts, basirt.[51]) Daraus

---

45) T.O. § 24 II lit. a. L.Vertr. art. LXV Z. 1 lit. a.

46) Der Hauptfall ist der der Beschlagnahme des Telegramms nach Str.P.O. § 99—101. Vgl. Hepp p. 39—42. Asser bl. 71—73. Willeumier bl. 214, 215, 253. Wet van 1852 art. 8.

47) Dienst-Anweisung zur T.O. § 24. L.Vertr. art. LXVII Z. 3.

48) T.O. § 24 II lit. b. L.Vertr. art. LXV Z. 1 lit. b.

49) T.O. § 12 I. L.Vertr. art. XLIX.

50) T.O. § 25 I S. 1.

51) Vgl. Reyscher S. 306. A. M. Ludewig S. 93, 94.

erklären sich folgende Bestimmungen der T.O. Die Rückerstattung bezieht sich lediglich auf die Gebühr einschliesslich der Nebengebühren der verzögerten, verstümmelten oder nicht angekommenen Telegramme selbst. Wird durch die Verstümmelung eines verglichenen Telegramms ein Berichtigungstelegramm veranlasst, so werden die Gebühren beider Telegramme zurückerstattet. Handelt es sich aber um Berichtigung von dienstlichen Versehen in nicht verglichenen Telegrammen, so werden nur die Gebühren desjenigen Telegrammes erstattet, durch welches die Berichtigung des Ursprungstelegrammes bewirkt worden war. Dagegen die Gebühren solcher Telegramme, welche etwa durch die Verzögerung oder Verstümmelung oder Nichtankunft anderer Telegramme veranlasst oder nutzlos gemacht worden sind, werden nicht restituirt.[52])

Die Reklamationen sind prinzipiell bei der Aufgabeanstalt einzureichen und die erforderlichen Beweisstücke beizulegen, nämlich wenn es sich um ein verlorenes Telegramm handelt, eine schriftliche Erklärung der Bestimmungsanstalt oder des Empfängers, wenn es sich um ein verstümmeltes oder verzögertes Telegramm handelt, die dem Empfänger zugestellte Ausfertigung. Ausserdem hat der Reklamant bei verstümmelten Telegrammen noch nachzuweisen, dass und durch welche Fehler das Telegramm derart verstümmelt ist, dass es seinen Zweck nicht hat erfüllen können. Sonst hat der Reklamant Nichts zu erweisen. Er hat namentlich bei verzögerten und bei nicht zugestellten Telegrammen nicht nachzuweisen, dass der Telegraphenbetrieb daran Schuld sei; vielmehr ist es Sache der Telegraphenverwaltung, auf dem Wege des Gegenbeweises darzuthun, dass die Ursache der Verzögerung oder der Nichtaushändigung des Telegramms ausserhalb des Telegraphenbetriebes, z. B. in richterlicher Beschlagnahme liege. Der Reklamant hat insbesondere auch nicht zu erweisen, dass er in Folge der Verzögerung, Verstümmelung oder Nichtankunft einen Schaden erlitten hat, weil der Anspruch eben kein Schadenersatzanspruch ist.[53]) Die Reklamationen müssen bei Verlust des Restitutionsanspruchs innerhalb zwei, bei aussereuropäischen Telegrammen innerhalb sechs Monaten, vom Tage der Erhebung der Gebühren an gerechnet, anhängig gemacht werden.[54])

Die Frage, ob die Verwaltung der Aufgabestation auch für eine fremde Verwaltung haftet, wird vom gemeinrechtlichen und prinzipiellen Standpunkte aus bald bejaht,[55]) bald verneint.[56]) Doch kann diese Frage nur da aufgeworfen werden, wo man einen wirklichen Schadenersatzanspruch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegen die Telegraphenverwaltung zulässt, und da kommt man

---

52) T.O. § 24 V, § 25 I S. 2, 3. L.Vertr. art. XIX Z. 2, art. LXV Z. 4.

53) T.O. § 24 II S. 2, 3. L.Vertr. art. LXVI Z. 2—6, LXVII Z. 2. Ueber die Beweispflicht des gemeinrechtlichen Schadenersatzanspruches s. Serafini p. 169—171 (Lavialle p. 100, 101; Roncali S. 63, 64). Meili S. 111, 112.

54) T.O. § 24 III, IV. L.Vertr. art. LXVI Z. 1.

55) Reyscher S. 302. Mittermaier 46 S. 43. Serafini p. 171—173 (Lavialle p. 101, 102; Roncali S. 64). Hepp p. 130. Van Beijma bl. 21. Willeumier bl. 183—186, 251.

56) Meili S. 240, 241.

zu einer richtigen prinzipiellen Beantwortung nur durch folgende Unterscheidung. Steht die Verwaltung der Aufgabestation zu der fremden Verwaltung in einem solchen Verhältnisse, dass ihr die Durchtelegraphirung möglich ist, dass sie also den fremden Telegraphen wie ihren eigenen ansehen und benutzen kann, so steht sie auch für die Versehen der fremden Verwaltung ein, weil sie in diesem Falle auch die Telegraphirung auf der fremden Linie übernimmt und sich des Personals der fremden Verwaltung wie ihres eigenen bedient. Ist dies nicht der Fall, so haftet sie als Depeschenspediteur bloss für culpa in eligendo, sofern ihr eine Auswahl unter mehreren Linien möglich war.[57]) Wo dagegen kraft positiver Bestimmung nur ein Restitutionsanspruch auf die gezahlten Gebühren wegen Ausbleibens des erwarteten Erfolgs besteht, wie nach der Telegraphenordnung und dem Londoner Vertrag, da kann von einem Einstehen einer Verwaltung für die andere nicht die Rede sein, sondern da kann es sich nur darum handeln, ob der für die Gebührenzahlung erwartete Effekt ausgeblieben ist oder nicht, und welches dieser Effekt ist. Dieser Effekt ist aber in Bezug auf die Linien des Internationalen Telegraphenvereins die richtige und rechtzeitige Beförderung der Depesche, in Bezug auf Nichtvereinslinien die ordnungsmässige Spedition derselben. Desshalb hat die Aufgabeverwaltung sämmtliche gezahlte Gebühren zu restituiren:

a. wenn die Verzögerung, Verstümmelung oder der Verlust der Telegramme auf eine Vereinslinie zurückzuführen sind;

b. wenn diese Unfälle sich zwar auf einer Nichtvereinslinie zugetragen haben, aber nur in Folge ordnungswidriger Spedition.[58])

Von diesem Prinzip weicht der Londoner Vertrag in zweifacher Weise ab:

a. Die Vereinsverwaltungen zahlen die für Nichtvereinslinien empfangenen Gebühren zurück, wenn die Nicht-Vereinsverwaltungen sie ihnen selbst im Falle einer durch deren Linien herbeigeführten Verzögerung Verstümmelung oder Nichtankunft vergüten.[59])

b. Die Vereinsverwaltungen zahlen die auf die durchlaufene Beförderungsstrecke entfallenden Gebühren nicht zurück, wenn Verzögerung, Verstümmelung oder Verlust der Depesche durch Unterbrechung einer unterseeischen, wenn auch zum Internationalen Telegraphenverein gehörigen, Linie veranlasst worden sind. Aber auch die auf die nicht durchlaufene Beförderungsstrecke entfallenden Gebühren werden nur nach Abzug der Kosten restituirt, welche etwa verausgabt worden sind, um die telegraphische Beförderung durch irgend eine andere Beförderungsweise zu ersetzen.[60])

Weil es sich nach der Telegraphenordnung und dem Londoner Vertrag nur um Rückgabe der vom Absender empfangenen Gebühren handelt, desshalb ist es

---

[57]) So auch Asser bl. 50—52. Meili S. 240, 241. 244, 245. S. o. § 372 VI S. 593.

[58]) Zum Theil a. M. Ludewig S. 96.

[59]) L.Vertr. art. LXV Z. 3.

[60]) L.Vertr. art. LXV Z. 2. Ueber den Regress unter den Vereinsverwaltungen: art. LXVII.

auch selbstverständlich, dass der Adressat als solcher[61]) von sich aus keinen Anspruch gegen die Telegraphenverwaltung wegen Verlusts, Verstümmelung oder Verspätung der Telegramme hat, ausser soweit er etwa von ihm selbst bezahlte Gebühren zurückfordern will. Dagegen ist diese Frage vom Schadenersatzstandpunkte aus nach gemeinem Telegraphenrecht sehr bestritten. Einige Schriftsteller verneinen den Anspruch des Adressaten,[62]) andere gewähren ihm denselben entweder schlechtweg und mit verschiedener Begründung[63]) oder nur unter bestimmten Voraussetzungen.[64]) Doch lässt sich derselbe vom Vertragsstandpunkte aus nicht begründen, auch nicht durch die Analogie des Frachtvertrags, weil kein Transport vorliegt. Nur wo die Elemente einer gesetzlichen Obligation gegeben sind, kann ein direkter Schadenersatzanspruch des Adressaten konstruirt werden, weil die gesetzliche Verpflichtung jedem Interessenten gegenüber besteht.

4. Die Telegraphenanstalten sind verpflichtet, sowohl dem Aufgeber als auch dem Empfänger, falls sich dieselben als solche gehörig ausweisen, **beglaubigte Abschriften** der von ihnen aufgegebenen bezw. an sie gerichteten Telegramme auszufertigen, wenn sie Ort und Tag der Aufgabe genau angeben können und die Urschriften noch vorhanden sind; letztere werden in der Regel 6 bezw. bei aussereuropäischen Telegrammen 18 Monate lang aufbewahrt.[65])

II. Die Telegraphenverwaltung hat ein **Recht** auf die telegraphenordnungsmässigen Gebühren. Dieselben sind:

1. Die **Telegrammgebühr**, in der Telegraphenordnung schlechtweg „**Gebühr**"[66]) genannt. Dieselbe setzt sich im internen Verkehr zusammen aus einer **Grundtaxe**[67])

---

[61]) D. h. falls er nicht Mandatar, Geschäftsherr oder Cessionar ist. Doch liegt in der Adresse keine Cession, wie Höpfner im Arch. f. civ. Praxis 36 S. 119 meint.

[62]) So W. Koch S. 350, 353. Endemann § 162 III. Ludewig S. 89, 90.

[63]) So Goldschmidt in s. Zeitschr. XIII S. 351 u. Meili S. 109, 110 kraft fingirter Cession und in Folge von negotiorum gestio der Telegraphenanstalt; aus dem letztern Grunde auch Asser bl. 46—48, Willeumier bl. 188, 189, 251 unter Berufung auf l. 6 § 2 D. de neg. gest. (3, 5). Reuling in Goldschmidts Zeitschr. XVIII S. 295, 296 operirt mit dem Vertrage zu Gunsten Dritter; auch Meili S. 37 ff., S. 110. Busch S. 19 lässt die Telegraphenverwaltung als falsus procurator (culposer falsus procurator!?) dem Adressaten haften.

[64]) Reyscher S. 304, Mittermaier 46 S. 44, Busch S. 18, Serafini p. 173—176 (Lavialle p. 102—104; Roncali S. 64—66), Hepp p. 130, 131 unter der Voraussetzung, dass dem Adressaten die Depesche überhaupt, aber verstümmelt oder verspätet mitgetheilt wurde, da er alsdann das Eigenthum an derselben erworben habe.

[65]) T.O. § 27 I; Ausnahme: § 23 II S. 2, 3. L.Vertr. art. LXIII, LXIV.

[66]) Vgl. z. B. T.O. § 24 V, § 11 II S. 1.

[67]) Dieselbe beträgt für gewöhnliche Telegramme stets 20 Pf. und für dringende Telegramme 60 Pf. T.O. § 9 I, II, § 10 S. 2.

und einer **Worttaxe**, [68]) im internationalen Verkehr aus einer für das Wort festgesetzten **Terminalgebühr** und einer **Transitgebühr**.[69])

2. Die **Nebengebühren**.[70])

Die bekannten Gebühren werden grundsätzlich vom Absender, und zwar falls sie ihm nicht gestundet sind, bei der Aufgabe des Telegramms erhoben,[71]) andere durch zufällige oder durch Nebenleistungen veranlasste Gebühren werden der Regel nach [72]) vom Absender erhoben, wenn die Leistung für ihn gemacht worden ist, [73]) vom Empfänger, wenn diesem die Leistung zu Gute kam. [74]) Jedoch Gebühren, welche für beförderte Telegramme zu wenig erhoben sind, oder deren Einziehung vom Empfänger nicht erfolgen konnte, sei es dass derselbe die Bezahlung verweigerte, sei es dass er nicht aufgefunden wurde, hat der Absender auf Verlangen kraft gesetzlicher Verpflichtung nachzuzahlen; umgekehrt werden irrthümlich zu viel erhobene Gebühren dem Aufgeber zurückbezahlt.[75]) Die vom Empfänger zu bezahlenden Gebühren hat die Bestimmungsanstalt durch Retention des Telegramms geltend zu machen.[76]) Sobald sie dem Adressaten das Telegramm ausgehändigt hat, kann sie sich wegen der unbezahlten Gebühren

---

[68]) Dieselbe beträgt für gewöhnliche Telegramme 5 Pf. bzw. für gewöhnliche Stadttelegramme 2 Pf., für dringende Telegramme 15 bezw. 6 Pf. für jedes Wort. T.O. § 9 I, II, V, § 10 S. 2. Ueber die Wortzählung enthält sehr genaue Bestimmungen T.O. § 8. Für den telegraphischen Verkehr mit dem Ausland kommen die besonderen Tarife zur Anwendung, T.O. § 9 IV. — Gebühr für vorausbezahlte Antwort: § 11 II; für verglichene Telegramme: § 12 II; für Empfangsanzeige: § 13 II; für Nachsendung eines Telegramms: § 15 III; für Seetelegramme: § 19 IV S. 1; für Unterdrückung eines Telegramms: § 20 II S. 1, 3; für Berichtigungstelegramme: § 25 I S. 1.

[69]) Die Terminalgebühr ist diejenige Gebühr, welche einem jeden Staate für die von seinen Telegraphenämtern herrührenden oder nach denselben bestimmten Korrespondenzen zukommt. L.Vertr. art. XVI, XVII und die dem Vertrage angehängten Gebührentabellen; vgl. art. XX, XXI. Ueber die Wortzählung: art. XXII—XXV. Dringende Telegramme: art. XLV Z. 1.

[70]) Zuschlagsgebühr für die Mitnahme der Telegramme durch die Telegraphenboten und Landbriefträger: T.O. § 7 IV; für die Aufgabe bei Eisenbahntelegraphenstationen: § 9 III S. 1, 3. Bestellgebühr der Eisenbahntelegraphenstationen: § 9 III S. 2, 4. Vervielfältigungsgebühr: § 16 II. Weiterbeförderungsgebühren: § 17 III—V. Bescheinigungsgebühr: § 18 III S. 2. Buchungs- und Stundungsgebühr: § 18 IV S. 2. Gebühr für die Unbestellbarkeitsmeldung: § 23 I S. 2. Gebühr für Telegrammabschriften: § 27 II.

[71]) T.O. § 18 I, § 7 IV, § 9 I—III S. 1, § 11 II, § 12 II, § 13 II, § 16 II, § 18 III S. 2, § 19 IV S. 3. L.Vertr. art. XXVI Z. 1. Ueber Gebührenstundung: T.O. § 18 IV u. o. Text zu Not. 18 S. 595.

[72]) Ausnahmen: § 17 III Z. 1, IV S. 3, V; im Ermessen des Absenders steht die Zahlung der Eilbotengebühr: § 17 IV S. 2.

[73]) T.O. § 18 IV S. 2, § 20 II S. 1, 3, § 23 I S. 2, § 25 I S. 1, § 27 II. L.Vertr. art. XXVI Z. 1.

[74]) T.O. § 9 III S. 2, 4, § 15 III, § 17 III Z. 2 a. E., IV S. 1. V, § 18 II, § 19 IV S. 3, § 27 II.

[75]) T.O. § 26. L.Vertr. art. XXVI. Werthzeichen jedoch nur auf Antrag, § 26 II.

[76]) T.O. § 18 II S. 2. L.Vertr. art. XXVI Z. 4, 5.

nunmehr auch an diesen halten, indem ihr derselbe kraft eines in der Entgegennahme des Telegrammes enthaltenen stillschweigenden Zahlungsversprechens auf Leistung der betreffenden Gebühren obligirt ist.[77] Dadurch wird aber der Absender nicht von seiner Nachzahlungspflicht frei.[78] Eine Bescheinigung über die erhobenen Gebühren wird nur auf Verlangen und gegen eine besondere Bescheinigungsgebühr ertheilt.[79]

Gebühren für Telegramme, die durch Schuld des Telegraphenbetriebs ihren Zweck nicht erfüllt haben,[80] werden an den Gebührenzahler restituirt. Ebenso werden die Gebühren für ein vor begonnener Abtelegraphirung vom Absender zurückgezogenes Telegramm nach Abzug von 20 Pf. erstattet. Wird dagegen das Telegramm erst nach begonnener Abtelegraphirung zurückgezogen, oder wird ein abgegangenes Telegramm vor seiner Bestellung unterdrückt, so verbleiben die Gebühren prinzipiell der Telegraphenverwaltung; jedoch vorausbezahlte Beträge für Weiterbeförderung, bezahlte Antwort, Empfangsanzeigen u. s. w. werden dem Aufgeber zurückgezahlt, wenn die vorausbezahlte Leistung nicht ausgeführt worden ist.[81] Hat der Absender die erwartete Antwort des Adressaten vorausbezahlt und dieser von dem Antwortsformular keinen Gebrauch gemacht, so werden auf dessen innerhalb 6 Wochen unter Beifügung des Antwortsformulars gestellten Antrag die vorausbezahlten Gebühren an den Aufgeber zurückgezahlt.[82]

Ueber die **Beitreibung** und **Verjährung** rückständiger Gebühren bestimmt die Telegraphenordnung nichts, wesshalb in dieser Beziehung die allgemeinen civilrechtlichen bezw. civilprozessualen Grundsätze zur Anwendung zu kommen haben. Denn auch die Telegraphengebühren haben nicht die Natur von öffentlichen Abgaben, sondern von privatwirthschaftlichen Gegenleistungen. Ebenso verjährt das Rückforderungsrecht des Gebührenzahlers in der gewöhnlichen civilrechtlichen Zeit mit Ausnahme des Restitutionsanspruches wegen Nichtankunft, Verzögerung oder Verstümmelung von Telegrammen.[83]

---

[77] Der Adressat weiss oder muss wissen, dass ihm telegraphenordnungsmässig das Telegramm nur gegen Entrichtung der auf ihn fallenden Gebühren ausgehändigt wird; nimmt er die Depesche an, so hat er dadurch die in der Uebergabe an ihn gestellte Frage, ob er diese Gebühren bezahlen wolle, bejaht. Vgl. o. S. 409 ff.

[78] T.O. § 26 I S. 1. L.Vertr. art. XXVI Z. 6, XXVII Z. 1. — Für eine Befreiung des Absenders gibt es keinen juristischen Grund, und von einer Analogie des Art. 412 des H.G.B. kann nicht die Rede sein, da die Telegraphengebühren nicht auf dem Telegramm ruhen, und das Telegramm kein Werthgegenstand ist.

[79] T.O. § 18 III S. 2; anders S. 3. L.Vertr. art. XXVI Z. 2, 3.

[80] Dahin gehören auch die auf Grund von Art. VII u. VIII des P.Vertr. angehaltenen Telegramme. L.Vertr. art. LXVIII. — S. o. I 3 S. 600—603.

[81] T.O. § 20 I, II S. 4. L.Vertr. art. XLI Z. 2.

[82] T.O. § 11 IV. L.Vertr. art. XLVII Z. 2—4. — Vgl. o. S. 598 Text zu Not. 37.

[83] S. o. Text zu Not. 54 S. 602.

§ 374.

C. Rechtsverhältnisse zwischen den telegraphischen Korrespondenten.

I. Der Telegraph wird heutzutage ganz allgemein als Kommunikationsmittel zur Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen den Korrespondenten benützt. Da aber, wie wir gesehen haben, die Telegraphenverwaltungen für die richtige Ueberkunft der Telegramme keine Gewähr leisten,[1]) so ist die Frage, **wer den Schaden zu tragen habe**, welcher einem der beiden Korrespondenten durch **falsches Telegraphiren** zugefügt wird, von der grössten praktischen Bedeutung. Es gibt kaum eine Frage der Civilrechtswissenschaft, auf deren Lösung in der neueren Literatur so viel Gelehrsamkeit und Scharfsinn aufgewendet worden ist, wie auf die vorliegende. Man hat mit einem wahren Raffinement die juristische Kunst des Konstruirens, Deduzirens und Analogisirens gehandhabt, um das Problem in befriedigender Weise zu lösen. Allein alle Konstruktionsversuche[2]) können in dem Unbefangenen nur die Ueberzeugung begründen, dass dasselbe durch die Rechtslehre allein mit ihrer starren juristischen Logik nicht gelöst werden kann, sondern dass die ausgleichende Gerechtigkeit der Rechtsanwendung das letzte Wort dabei zu sprechen hat.

Vor allen Dingen ist zu unterscheiden, ob der Schaden innerhalb der Vermögenssphäre des Absenders oder des Adressaten eingetreten ist. Ist das Erstere der Fall, und hat z. B. der Adressat in Folge irriger Depeschirung die Sache des Absenders um einen Preis verkauft, welcher hinter dem von dem Absender gewollten zurückbleibt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der letztere den Schaden zu tragen hat, falls dem Adressaten nicht eine pflichtwidrige Nachlässigkeit imputirt werden kann. Anders ist es, wenn der Schaden die Vermögenssphäre des Adressaten getroffen hat, wenn also z. B. der Adressat im vermeintlichen Auftrag des Absenders **gekauft** hat, während er nach der wirklichen Absicht desselben hätte **verkaufen** sollen. Auch hier ist es zunächst wieder klar, dass dieser Schaden dem Absender aufgebürdet werden muss, wenn der Irrthum des Telegraphisten auf des Absenders Verschulden wegen nachlässiger textueller Fassung der Depeschenniederschrift[3]) zurückzuführen ist, während der

---

[1]) S. o. § 373 Text zu Not. 42 S. 599.

[2]) Vgl. Reyscher S. 289—296, 456 ff. Fuchs a. a. O. Busch a. a. O. Serafini p. 120 sqq. Mittermaier 46 S. 21 ff.; 47 S. 215—217, 223—225, 228. Bekker in seinem Jahrb. IV S. 169—177. Jhering in seinen Jahrbb. IV S. 83—86, 106—112. Bähr, Ebend. VI S. 286 ff., XIV S. 393 ff. Wolff in Buschs Arch. 5 S. 152—183. Ludewig S. 164—187. Meili S. 119—129. Fr. Mommsen, Erörter. II S. 109 ff., S. 127 ff. Regelsberger in Diesem Handbuch II § 242 S. 412 ff. Willeumier bl. 145—174. Van Beijma bl. 34 sqq. Vgl. auch Hartmann in Iherings Jahrbb. XX S. 1 ff., insb. S. 61 ff.

[3]) Z. B. er schreibt in die Depeschenniederschrift: „Kaufen Sie?" statt: „Ich frage, ob Sie kaufen", und nun wird beim Telegraphiren das Fragezeichen weggelassen.

Adressat den Nachtheil zu tragen hat, wenn er nach Lage der Dinge gegen den Inhalt des ihm übermittelten Telegrammes hätte misstrauisch sein und durch ein Berichtigungstelegramm sich hätte Aufklärung verschaffen sollen.[4]) Allein sobald keinen der Korrespondenten ein Verschulden trifft, kann nur die Billigkeit eine das Rechtsgefühl befriedigende Entscheidung geben. Und der Billigkeit wird es in dem einen Falle gerade so angemessen sein, den ganzen Schaden dem Absender aufzubürden, der ja durch Wahl der telegraphischen Kommunikation in der Regel immerhin als der Urheber des Schadens zu betrachten ist, wie es in dem anderen Falle derselben entsprechen wird, den Nachtheil unter die Korrespondenten nach irgend einem Verhältnisse zu repartiren;[5]) den Adressaten aber wird man nur dann billiger Weise den Schaden allein tragen lassen, wenn die Kommunikationsform des Telegraphirens gerade durch ihn veranlasst worden ist, z. B. durch Verlangen telegraphischer Rückantwort oder durch Vorausbezahlung der Rückantwort.[6])

II. Sehr bestritten ist auch die **formelle und materielle Bedeutung der beim Telegraphiren gebrauchten Schriftstücke.** Um mit dieser Frage ins Reine zu kommen, darf man niemals ausser Acht lassen, dass diese Schriftstücke nach einem doppelten Gesichtspunkte betrachtet und beurtheilt werden müssen, nämlich einmal in Beziehung auf das Verhältniss der Korrespondenten zur Telegraphenanstalt, und sodann in Beziehung auf das Verhältniss der Korrespondenten unter einander.

1. Die **Depeschenniederschrift** des Absenders ist auf keinen Fall die Mittheilung bezw. Willenserklärung desselben gegenüber dem Adressaten.[7]) Denn diese ist in der Depeschenausfertigung enthalten. Sie ist kein Brief, der telegraphisch versendet werden soll,[8]) weil die Versendung eines Briefes auf telegraphischem Wege unmöglich ist. Sie ist aber auch nicht der Auftrag des Absenders an den Beamten, an den Adressaten zu telegraphiren; denn davon steht Nichts in der Depeschenniederschrift. Sie ist vielmehr nur der **Inhalt** der Mittheilung bezw. Willenserklärung des Absenders an den Adressaten und bildet für den Beamten die Vorlage, die **Vorschrift,** die er mittels der telegraphischen Feder abschreiben soll.[9]) Desshalb ist bei einem telegraphisch abgeschlossenen Rechtsgeschäfte die

---

[4]) Z. B. nach Inhalt des Telegrammes soll er Börsenpapiere um einen Kours kaufen, welcher mit der herrschenden Baissetendenz unvereinbar ist.

[5]) Z. B. die beiden Korrespondenten stehen in einem mehrjährigen Geschäftsverkehr, der ganz regelmässig durch Telegramme vermittelt wird. Passirt hierbei einmal ein Unglück, so entspricht es sicherlich der Billigkeit allein, den Schaden auf Beide zu vertheilen.

[6]) Asser bl. 156—158. Willeumier bl. 207. Ludewig S. 180. Vgl. auch Fr. Mommsen a. a. O. S. 127 Not. 8. A. M. das Tribunal de commerce de la Seine v. 12. Dezember 1862 nach Lavialle de Lameillère p. 167, 168, weil der Telegraph ein „agent commun“ sei.

[7]) So Ludewig S. 148.

[8]) Wie Reyscher S. 291, 296 annimmt.

[9]) Sie ist für den Telegraphisten der Abgangsstation genau das, was das Manuskript für den Drucker ist, sagt Fuchs S. 96.

Depeschenniederschrift nicht die Originalkunde über die Willenserklärung des Absenders. Diese ist vielmehr

2. die **Depeschenausfertigung.** Dieselbe ist keine Kopie der Depeschenniederschrift;[10]) sie ist auch keine Kopie der entzifferten Zeichen, welche der Telegraph an der Bestimmungsstation hervorgebracht hat.[11]) Sie ist auch nicht **bloss** ein unbeschworenes Zeugniss des Beamten der Bestimmungsstation über das, was ihm von seinem Vormann mitgetheilt und auszurichten aufgetragen wurde,[12]) oder über den vom Telegraphisten der Aufgabestation ihm angezeigten Inhalt der Depeschenniederschrift.[13]) Denn dies ist sie nur im Verhältniss der Korrespondenten zur Telegraphenanstalt. Dagegen im Verhältniss der Korrespondenten unter einander ist sie vielmehr die **Originalurkunde über die Mittheilung bezw. Willenserklärung des Absenders,** welche im Auftrage desselben die Telegraphenanstalt dem Adressaten macht, oder anders ausgedrückt, welche der Absender dem Adressaten durch die Telegraphenanstalt mittels der telegraphischen Feder hat schreiben und zustellen lassen.[14])

Was die **Beweistüchtigkeit**[15]) dieser beiden Urkunden anbelangt, so beweist die **Depeschenausfertigung** für sich allein nur, dass ihrem Inhalte entsprechende telegraphische Zeichen von der Aufgabestation bei der Bestimmungsstation eingetroffen und entziffert bezw. dass die aufgeklebten Typen durch den Hughes'schen Apparat gedruckt worden seien; sie ist also in so weit, da sie von einem Beamten in den Grenzen seiner Amtsbefugniss aufgenommen und ausgefertigt ist, eine **öffentliche Urkunde,** ein öffentliches Zeugniss.[16]) Und da diese Zeichen und Typen von einem Beamten der Aufgabestation auf Grundlage der Depeschenniederschrift amtlich übermittelt werden, so ist die Depeschenausfertigung gleichzeitig auch ein indirektes öffentliches Zeugniss über den Inhalt der Depeschenniederschrift. Dagegen beweist sie nicht, dass der angebliche Absender dem

---

[10]) So O.Trib. Berlin in Seufferts Arch. XVI 29. Reuling S. 293, 305. Hertz in der Preuss. Anwaltszeitung Jahrg. 1862 S. 122, 123. Ludewig S. 159, 160.

[11]) So Reyscher S. 291. Serafini p. 86 (Lavialle p. 46; Roncali S. 30). Hepp p. 62, 63. Robert p. 302. Willeumier bl. 115.

[12]) So Busch S. 8—10.

[13]) So Goldschmidt in s. Zeitschr. VI S. 627. Meili S. 64. Willeumier bl. 113, 115.

[14]) Sie ist wie ein Brief, den ein Beauftragter Namens des Mandanten geschrieben hat, sagt Fuchs S. 98 und sich ihm anschliessend Stubenrauch S. 71 und O.A.G. Dresden vom 27. Oktbr. 1862 in den Sächs. Annalen VI S. 37 und in Goldschmidts Zeitschr. IX S. 179, 180. Sie ist „einem diktirten oder einem von einem Konzept durch dritte Hand ins Reine geschriebenen und dann abgesendeten Brief" zu vergleichen, sagt Sintenis, Civilrecht II § 96 Not. 13 S. 249, 250. Vgl. auch Benvenuti in La Legge 1862 Nr. 131.

[15]) Vgl. darüber insb. Mittermaier 43 S. 280 ff.; 46 S. 21 ff. Wengler in der Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung für das Königr. Sachsen N. F. 21 S. 193 ff. Serafini § 25—32 p. 83—102 (Lavialle p. 44—57; Roncali S. 29—37).

[16]) C.P.O. § 380, 383; vgl. P.G. § 47. — R.O.H.G. XXIV 87 S. 335, 336. Stubenrauch S. 70. Robert p. 284. Ambrosoli Teoria delle prove nel processo penale di Mittermaier, Milano 1858 p. 463 Not. *. A. M. Willeumier bl. 120. Meili S. 63.

Telegraphisten der Aufgabestation überhaupt oder einen ihrem Inhalte entsprechenden Telegraphirungsauftrag ertheilt habe, so dass dem Absender stets der Einwand frei bleibt, dass er gar nicht habe telegraphiren lassen oder dass die Depeschenniederschrift gefälscht worden sei.[17]) Desshalb muss jener **Auftrag** des Absenders an den Telegraphisten anderweitig erwiesen werden, wozu jedenfals der Nachweis der Echtheit der Depeschenniederschrift gehört, während der Beweis der Uebergabe derselben an den Telegraphenbeamten der Absendestation zum Zwecke ihrer telegraphischen Beförderung nur dann besonders zu führen ist, wenn die Depeschenniederschrift nicht auf einem amtlichen Annahmeformular stattgefunden hat. Steht jedoch die Existenz und Echtheit der telegraphischen Willenserklärung des Absenders fest, so kann der **Inhalt** derselben **direkt** nur durch die Depeschenausfertigung geführt werden, während die **Depeschenniederschrift** für sich allein nach dieser Richtung hin bloss zur Führung eines künstlichen Beweises geeignet ist.[18]) Und widersprechen sich beide Urkunden, so ist auf jeden Fall die Depeschenniederschrift für das Rechtsverhältniss zwischen den beiden Korrespondenten bedeutungslos, weil sie keine Willenserklärung gegenüber dem Adressaten ist. Dagegen ist die Depeschenausfertigung immerhin als die telegraphische Willenserklärung des Absenders gegenüber dem Adressaten anzusehen,[19]) deren materielle Bedeutung durch die civilrechtlichen Grundsätze vom Irrthum beim Abschluss von Rechtsgeschäften bestimmt wird.[20])

Die Bedeutung der beim **telephonischen** Depeschiren vorkommenden Urkunden ist ganz analog zu beurtheilen.

III. An die unter II erörterte schliesst sich die weitere ebenfalls sehr bestrittene Frage an, **ob durch den Telegraphen schriftliche Rechtsgeschäfte insbesondere schriftliche Verträge abgeschlossen werden können.** Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Auffassung der jeweiligen Gesetzgebung über die Form des schriftlichen Vertrags ab. Nach gemeinem Rechte besteht diese Form im Geben und Nehmen der vom Promittenten unterschriebenen und dem Promissar ausgehändigten Urkunde bezw. beim zweiseitigen Vertrage im wechselseitigen Austausch der von den Kontrahenten begebenen und von dem jedesmaligen Begebenden unterzeichneten Urkunden.[21]) Nimmt man nun an, was sich nach römischer Sitte gewiss rechtfertigt, dass der Promittent nicht selber unterschreiben muss, sondern dass er auch durch einen Anderen unterschreiben lassen kann, so steht dem Abschlusse eines schriftlichen Vertrags mittels des Telegraphen Nichts entgegen, da ja die telegraphische Korrespondenz gerade

---

[17]) Stubenrauch S. 71. Ludewig S. 90.

[18]) Fuchs S. 98. Vgl. auch Busch S. 9. Gensel S. 182.

[19]) A. M. Busch S. 10. Gensel S. 182. Hepp p. 122. Robert p. 283, 284. Bosellini p. 449, 450. Panattoni p. 454. Asser bl. 79, 82. Willeumier bl. 120—122, 153, 154. 250.

[20]) Vgl. darüber insb. Windscheid I § 76, 77, II § 308 Text zu Not. 5 ff.

[21]) C. 17 C. de fide instrum. (4. 21). Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I S. 60. A. M. Thöl I § 244.

darin besteht, dass der Absender dem Adressaten durch den Telegraphen schreiben lässt. Dagegen ergeben sich grosse Schwierigkeiten für den schriftlichen Vertragsabschluss mittels des Telegraphen, wenn nach der betreffenden Gesetzgebung der Promittent selber schreiben bezw. unterschreiben muss, weil alsdann beim Telegraphiren die Uebergabe der vom Promittenten geschriebenen bezw. unterschriebenen Urkunde nicht in natura erfolgen kann. Diese Schwierigkeiten können nur gelöst werden durch ein Zurückgehen auf das Wesen der rechtlichen Disposition überhaupt und auf den rechtspolitischen Zweck der schriftlichen Disposition insbesondere. Die rechtliche Disposition stellt sich nun psychologisch dar als ein durch den Willensentschluss des Promittenten hervorgerufener Umsatz der Gedanken in Worte, Zeichen oder sonstige Handlungen (Willensäusserung) und Mittheilung dieser Gedanken an den Promissar (Willenserklärung). Bei der schriftlichen Disposition liegt die Willensäusserung in der Niederschrift bezw. Unterschrift der Urkunde, die Willenserklärung in der Uebergabe derselben an den Promissar. Der legislative Zweck der Schriftlichkeit aber ist theils auf die geistige Sammlung des Disponenten, theils auf die Sicherheit des Beweises der Disposition gerichtet. Da die geistige Sammlung des Disponenten jedenfalls durch die Niederschrift bezw. Unterschrift der Urkunde bewirkt wird, so fragt es sich nur, ob der Beweiszweck die Uebergabe derselben in natura an den Promissar verlangt, oder ob es genügt, wenn die in der Niederschrift bezw. Unterschrift verkörperte Willensäusserung objektiv vorhanden, aber dem Promissar bloss in transformirter Gestalt übergeben wird. Bedenkt man nun, dass die Depeschenniederschrift, die zudem in beglaubigter Form aufgegeben werden kann,[22]) bei der Telegraphenanstalt wenn auch nur während beschränkter Zeit aufbewahrt bleibt, und dass die Depeschenausfertigung zugleich ein öffentliches Zeugniss über den Inhalt der Depeschenniederschrift ist, so wird man mit der Absicht keines Gesetzgebers in Widerspruch treten, wenn man dem so ausserordentlich gesteigerten Bedürfnisse des modernen Verkehrs nach möglichster Beschleunigung der geschäftlichen Transaktionen dadurch Genüge thut, dass man im telegraphischen Verkehr die Uebergabe der schriftlichen Willensäusserung des Disponenten in transformirter Gestalt gleichstellt der Uebergabe derselben in Natur.[23])

---

[22]) T.O. § 1 II S. 2. L.Vertr. art. XV Z. 2, 3. S. o. § 373 Not. 8 u. Text dazu S. 594.

[23]) Für die Möglichkeit eines schriftlichen Vertrages durch den Telegraphen sind: Serafini § 14 VII p. 44, 45 (Lavialle p. 19, 20; Roncali S. 13), Hepp p. 12, 13, Meili S. 65 ff., Bosellini p. 451, falls die Schrift ad probationem, nicht ad solennitatem erforderlich ist; nach Preuss. Recht: O.Trib. Berlin v. 2. Mai 1861 bei Striethorst 42 S. 50 ff., in Seufferts Arch. XVI. 29 u. in Goldschmidts Zeitschr. IX S. 176—179, desgleichen Zeigermann im Arch. f. deutsch. W.R. IX S. 285—290. Macco in der Preuss. Anwaltszeitung 1. Jahrg. (1862) S. 237 ff., Ludewig S. 160 ff. Zweifelhaft: Asser bl. 84—86, 151, Willeumier bl. 218—222, 253. Gegen die Möglichkeit: Mittermaier 46 S. 47, 48. Robert p. 302 und vom Standpunkte des Preuss. Rechtes aus Hertz in der Preuss. Anwaltszeitung a. a. O. S. 121 ff.

§ 375.

D. Das Telephon insbesondere.

I. Die Fernsprechanlagen sind zweifacher Art. Es gibt **„Telegraphenlinien mit Fernsprechern“** und **„Stadt-Fernsprechanlagen“**. Beide gehören zum Ressort der Telegraphenverwaltung.

II. Die **Telegraphenlinien mit Fernsprechern** werden zum Telegraphiren benützt, und zwar hängt es ganz vom Ermessen der Telegraphenanstalten ab, ob sie sich des telegraphischen Schreib- oder des telegraphischen Sprechapparates bedienen wollen. Eine selbständige juristische Bedeutung kommt dieser telephonischen Einrichtung nicht zu; vielmehr geht dieselbe vollständig in dem Begriffe des Telegraphen auf. Desshalb finden hier ganz einfach die Grundsätze der Telegraphen-Ordnung Anwendung. Von diesem Standpunkte aus ist auch die **„Dienstanweisung für den Betrieb von Telegraphenlinien mit Fernsprechern“** vom Oktober 1880 [1]) erlassen.[2])

III. Die **Stadt-Fernsprechanlagen** haben einen dreifachen Zweck. Sie dienen:

1. Zum unmittelbaren mündlichen Verkehr der Theilnehmer unter einander oder dritter Personen mit den Theilnehmern.

2. Zur Uebermittelung von Nachrichten der Theilnehmer an die Vermittelungsanstalt (Centralstelle), die dann auf Verlangen durch Eilboten, mit der Post (als Brief oder Postkarte) oder auf telegraphischem Wege an einen beliebigen Empfänger in der Stadt selbst oder an einem andern Ort weiter befördert werden sollen.

3. Zur Zustellung der an die Theilnehmer eingehenden Telegramme.

Geregelt ist das Stadtfernsprechwesen durch die **„Dienstordnung für den Betrieb der Stadt-Fernsprechanlagen“** von 1883.[3]) Für das Rechtsverhältniss zwischen den Theilnehmern und der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung sind massgebend die vom Reichspostamt auf Grund der Telegraphen-Ordnung § 28 festgesetzten **„Bedingungen für die Theilnahme an einer Stadt-Fernsprecheinrichtung“** vom Februar 1883,[4]) welche die allgemeine lex contractus für die mit den einzelnen Theilnehmern abgeschlossenen Verträge bilden.

In der Regel ist die Benützung der Stadt-Fernsprechanlagen auf die Theilnehmer beschränkt. Ausnahmsweise sind aber in grossen Städten (z. B. Berlin, Hamburg, Frankfurt) **„öffentliche Fernsprechstellen“** eingerichtet, an denen Jedermann mit den Theilnehmern an der Stadt-Fernsprechanlage mittels des Fernsprechers in Unterhaltung treten kann.

1. Die **Theilnehmer** stehen zur Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung in einem Vertragsverhältniss. Und zwar ist dieses Vertragsverhältniss als locatio

[1]) Gedruckt zu Berlin in der Reichsdruckerei.

[2]) Vgl. insb. Dienstanweisung § 2, 3, 4, 5, 6, 12, 23, 24, 25, 29 = T.O. § 3, § 2, § 5 I, § 7 I, II, IV, § 24 I, § 24 II, § 21 I—III, § 11 I, III, § 21 II, § 23 I.

[3]) Citirt: D.O. — Gedruckt zu Berlin in der Reichsdruckerei.

[4]) Citirt: Beding. — Gedruckt im Handbuch für Post und Telegraphie S. 229—235.

conductio rei et operarum zu qualifiziren. Die Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung stellt dem Theilnehmer die uneingeschränkte Benutzung der Anlage (res) und die Dienste (operae) der Beamten der Vermittelungsanstalt zur Ausführung der Leitungsverbindungen, zur Aufnahme und Beförderung der telephonisch übermittelten Nachrichten und zur Zustellung der an ihn eingehenden Telegramme während der Dienststunden zur Verfügung.[5]) Dafür hat der Theilnehmer das jährliche quartaliter zu pränumerirende Abonnementsgeld[6]), die **„Vergütung"**, und ausserdem für die jedesmalige Aufnahme von Nachrichten zur Bestellung bezw. Weiterbeförderung, sowie für die jedesmalige telephonische Zustellung von Telegrammen eine besondere Gebühr nach monatlicher Abrechnung zu entrichten.[7]) Wird die Fernsprechverbindung unterbrochen, so hat der Theilnehmer nur dann einen Anspruch auf Restitution der auf die Zeit der Unterbrechung entfallenden Vergütung, wenn diese Unterbrechung mindestens 4 Wochen lang **andauernd** bestanden hat.[8])

Die Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung hat die Leitung und Einrichtungen der Fernsprechstelle in brauchbarem Zustande zu erhalten; dagegen haftet der Theilnehmer für vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigungen der Anlage.[9])

Vermiethung der Fernsprechstelle oder Benutzung in nicht eigenen Angelegenheiten gegen Entgelt ist nicht gestattet. Jedoch kann der Besitzer eines durch eine Leitung an die Fernsprech-Centralstelle angeschlossenen Hauses in den Wohnungen desselben Fernsprechstellen einrichten lassen und deren Benutzung den Miethern gegen Entgelt gestatten.[10])

Der Vertrag wird bei kürzeren Leitungen auf die Dauer von mindestens 2, bei längeren Leitungen auf die Dauer von mindestens 4 Jahren abgeschlossen. Wird von keiner Seite 3 Monate vor Ablauf dieser Fristen gekündigt, so gilt er um 1 Jahr und später von Jahr zu Jahr als stillschweigend verlängert.[11]) Bei nicht pünktlicher Zahlung der Vergütung, bei missbräuchlicher Benutzung des Fernsprechers oder bei vorsätzlicher Beschädigung der Einrichtungen steht der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung das Recht der sofortigen Aufhebung der bezüglichen

---

5) D.O. § 1—8.

6) Dasselbe beträgt für eine Leitung mit nur einer Fernsprechstelle bis zu 2 km Entfernung von der Vermittelungsanstalt 200 M. und darüber hinaus für jeden weiteren km oder einen Theil desselben 50 M. Das Nähere: Beding. Z. 4, Z. 6 Abs. 1, Z. 8 S. 2.

7) D.O. § 9 Abs. 6, 7. Für die Aufnahme einer Nachricht einschliesslich der sofortigen Ablieferung an die zugehörige Post- oder Telegraphenanstalt, sowie für die telephonische Uebermittelung eines ankommenden Telegramms wird eine Grundtaxe von 10 Pf. ohne Rücksicht auf die Wortzahl und eine Worttaxe von 1 Pf. für jedes Wort erhoben; Beding. Z. 5. In Betreff der Stundung dieser Gebühren finden die Bestimmungen über gestundete Telegraphengebühren gleichmässig Anwendung; Beding. Z. 6 Abs. 2. S. o. § 373 I 1 e S 595.

8) Beding. Z. 6 Abs. 3.

9) Beding. Z. 2 Abs. 1 S. 2, 3, Z. 7 Abs. 2 S. 2.

10) Beding. Z. 2 Abs. 2—4.

11) Beding. Z. 9 Abs. 1, 2.

Fernsprechverbindung zu, ohne dass der Theilnehmer die eingezahlte Vergütung zurückfordern kann und von den bereits fälligen, aber noch nicht entrichteten Beträgen frei wird.[12]) Ausserdem kann die Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung zu jeder Zeit die Fernsprecheinrichtung zeitweise ganz oder für gewisse Gattungen von Korrespondenz schliessen. In diesem Falle kommt die Erhebung der Vergütung für die Dauer der Schliessung in Wegfall und die für diese Zeit vorausbezahlte Vergütung wird zurückerstattet.[13])

2. Die **öffentlichen** Fernsprechstellen sind entweder allgemeine öffentliche Fernsprechstellen oder Börsenfernsprechstellen.

a. Die **allgemeinen** Fernsprechstellen sind in Verbindung mit vorhandenen Verkehrsanstalten eingerichtet, und ihre Benutzung ist Jedermann gegen Lösung eines **„Fernsprechscheins“** gestattet. Die Fernsprechscheine haben nur für den Tag der Lösung Giltigkeit und gewähren die Benutzung des Telephons auf die Dauer von höchstens 5 Minuten. Die Zulassung zur Sprechstelle geschieht nach der Reihenfolge der Anmeldungen bei dem überwachenden Beamten.[14]) Von einem Vertrage ist hierbei nicht die Rede, sondern nur von einer nach Analogie der locatio conductio rei et operarum zu behandelnden gesetzlichen Obligation der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung. Durch die Lösung eines Fernsprechscheins, welche ein wahrer Kauf ist, schafft sich der Käufer die Voraussetzung, unter welcher ihm das Telephon und die Dienste der Beamten zur Verfügung gestellt werden müssen.

b. Die **Börsenfernsprechstellen** sind in den Börsenlokalen zellenmässig eingerichtet und stehen nur den Börsenbesuchern während der offiziellen Börsenstunden zur Verfügung unter Leitung eines Telegraphenbeamten. Die Benutzung des Telephons geschieht in diesem Falle auf Grund eines Vertrags zwischen der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung und dem Börsenvorstande, welcher wieder locatio conductio rei et operarum ist.[15])

---

[12]) Beding. Z. 7 Abs. 2.

[13]) Beding. Z. 7 Abs. 1.

[14]) D.O. § 1 Abs. 3 S. 1, 2, § 10. Die Fernsprechscheine werden am Schalter der mit der Fernsprechstelle verbundenen Verkehrsanstalt zum Preise von 50 Pf. verkauft.

[15]) D.O. § 1 Abs. 3 S. 3, § 11.

Zusätze.

1. Zu § 336 Not. 16. Für Kaufmannsqualität der Post: Ch. F. Müller, Ueber die de recepto actio 2. Aufl. S. 69. Kompe in Goldschmidts Zeitschr. XI S. 63. Dagegen: Goldschmidt in s. Zeitschr. XXIII S. 304, 305. Dambach, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs § 1 Anm. 6 S. 5, 6 (4. Aufl.).

2. Zu § 337 Not. 19. R.O.H.G. XIII 48 S. 134.

3. Zu § 339 Not. 20. Nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 19. Juli 1883 I a Z. 2 beträgt seit dem 1. Oktober dieses Jahres für Eilgüter die maximale Transportfrist für je auch nur angefangene 300 km 1 Tag und für Frachtgüter bei einer Entfernung bis zu 100 km 1 Tag, bei grösseren Entfernungen für je auch nur angefangene weitere 200 km. 1 Tag.

4. Zu § 339 S. 318 lit. b Zeile 10 von oben. Nach der angeführten Bekanntmachung v. 19. Juli 1883 III fällt Regl. § 57 Abs. 5 und damit die Zulässigkeit von Zuschlagsfristen für den Transport über nicht überbrückte Flussübergänge und auf Verbindungsbahnen weg.

5. Zu § 340 Not. 64. Bezüglich des Frachtanspruchs vgl. Regl. § 59 Abs. 9 Z. 4.

6. Zu § 340 Not. 114. Gegen den vertragsmässigen Ausschluss der Haftung für eigenen dolus und eigene culpa lata vgl. weiter Beschorner im Arch. für civ. Praxis 41 S. 400 ff., Goldschmidt, Ebend. S. 408–410.

7. Zu § 344 Not. 47. Diese Note soll genauer lauten: Nicht hierher, sondern unter die „anderen Auslagen" gehören die Gebühren für Sanitätskontrole und statistische Feststellungen u. dgl. R.Ges. vom 20. Juli 1879 § 5, 11, 18 — u. s. w.

8. Zu § 344 S. 385 ist in Zeile 22 von oben hinter „K.O. § 22 ff." einzufügen: bezw. nach dem R.Ges. vom 21. Juli 1879.

9. Zu § 345 Not. 16. Würde man den Ausdruck „Theilfracht" nicht besser auf den Fall beschränken, wo der Frachtführer bloss für den angekommenen Theil der Güter Fracht verlangen kann, wie nach Regl. § 59 Abs. 9 Z. 4, während man den Begriff „Distanzfracht" für den im Text angeführten Fall reservirte?

10. Zu § 345 Not. 50. Laband, Staatsrecht II S. 345.

11. Zu § 352 Not. 1. J. A. Schroetter, Das Preussische Eisenbahnrecht in seiner heutigen Gestalt u. s. w., Berlin 1883.

12. Zu § 352 S. 463. Zu den hier erwähnten Bekanntmachungen des Reichskanzlers, welche das deutsche Betriebsreglement modifiziren, ist hinzuzufügen die Bekanntmachung v. 13. Juli 1883 (Centralbl. S. 235).

Abschnitt 8.

Die Haftpflicht.

(Von Herrn Professor Dr. Westerkamp in Marburg.)

I. Einleitung.

§ 376.

Mängel des Rechtszustandes vor dem Reichshaftpflichtgesetz. Entstehungsgeschichte des letzteren. Uebersicht über den Inhalt. Entwurf eines Gesetzes über die Arbeiterunfallversicherung.

I. Das **Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871** regulirt die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmer von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken für Körperbeschädigungen (Tödtungen und Körperverletzungen) bei dem Betriebe dieser Anlagen.

Das R.H.G. ist **Spezialgesetz**. Es ordnet nicht die Haftpflicht, d. h. die civilrechtliche Verantwortlichkeit für Körperbeschädigungen beim Gewerbebetriebe überhaupt, auf andere als die genannten **haftpflichtigen** Unternehmungen, namentlich auf Schifffahrt. Handwerk, Baugewerbe, Land- und Forstwirthschaft findet es keine Anwendung. Aber es ordnet auch nicht die Haftpflicht aller Personen, Unternehmer, Gehülfen, Arbeiter, bei den haftpflichtigen Anlagen, sondern lediglich die Haftpflicht der **Unternehmer**, auf deren Rechnung die betreffende Anlage betrieben wird, und auch diese nicht erschöpfend unter Ausschluss sonstiger Rechtsnormen. Nach § 9 des R.H.G. bleiben die Landesrechte unberührt, welche unter anderen Voraussetzungen eine Haftpflicht der Unternehmer mit gleichem oder grösserem Umfange verordnen.

Weil das R.H.G. Spezialgesetz ist und sein will, ist eine analoge Ausdehnung seiner Bestimmungen auf ihm fremde Thatbestände ausgeschlossen.

Reichsrechtliche Haftpflichtsachen nenne ich diejenigen, bei denen es sich um die im R.H.G. normirte Haftpflicht der Unternehmer, **landesrechtliche Haft-**

pflichtsachen diejenigen, bei denen es sich um die aus anderen Rechtsnormen, namentlich den einzelnen deutschen Landesrechten entspringende Haftpflicht der Unternehmer oder anderer Personen für Körperbeschädigungen bei dem Betriebe der haftpflichtigen Unternehmungen handelt.

II. Das R.H.G. ist veranlasst durch die grossen Gefahren, welche die moderne Entwickelung des Verkehrswesens und der Industrie für Leben und Gesundheit von Arbeitern, Gehülfen, Passagieren und anderen Personen mit sich gebracht hat. Es war nöthig, durch strenge Regulirung der Verantwortlichkeit Unfällen, namentlich im Betriebe der Eisenbahnen und Bergwerke, thunlichst vorzubeugen, und waren sie dennoch eingetreten dem Beschädigten ein wirksames realisirbares Recht auf Schadensersatz zu geben. Die Urheber des R.H.G. haben mit Recht erwogen, dass die Schadensklage gegen den unmittelbaren Urheber des Schadens in vielen Fällen ohne Werth sei, einmal weil dessen sichere Ermittelung häufig schwierig bisweilen unmöglich und sodann weil derselbe oft zum Schadensersatz unvermögend sei, dass daher auf regelmässigen Ersatz für die Körperbeschädigungen bei dem Betriebe grosser gewerblicher Etablissements nur dann zu rechnen sei, wenn der Beschädigte sich direkt mit der Schadensklage an den Unternehmer wenden könne. Nun erwiesen sich aber das gemeine Recht und die meisten deutschen Partikularrechte, was die Haftpflicht des Unternehmers anlangt, sowohl in materieller als auch in prozessualischer Beziehung als unzureichend.

Nach römischem Recht (lex Aquilia und ihre Erweiterungen) haftet der Unternehmer, wenn sein schuldhaftes Thun die Körperbeschädigung verursacht hat. Unterlassungen werden nach vorherrschender Ansicht nur dann dem Thun gleich geachtet, wenn ein positives Thun durch vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war.[1]) Die praktisch wichtigsten Richtungen der Haftpflicht des Unternehmers sind: Nachlässigkeit bei Errichtung der Anlage (Eisenbahn, Bergwerk u. s. w.), Unterlassung oder mangelhafte Ausführung nöthiger Verbesserungen und Reparaturen, Nachlässigkeit bei Auswahl oder Beaufsichtigung der Gehülfen und Arbeiter (sog. culpa in eligendo), Nachlässigkeit bei Untersuchung der Werkzeuge, Geräthe, Materialien, die bei dem Betriebe der Anlage verwendet werden. Für Delikte von Gehülfen und Arbeitern haftet der Unternehmer nicht, wenn er von eigener Schuld frei ist. Um den Unternehmer verantwortlich zu machen, muss der Beschädigte ihm nachweisen: die Körperbeschädigung und deren Schadensfolgen, Verschulden, Kausalzusammenhang zwischen der Beschädigung und dem Verschulden (damnum injuria datum).

Gemindert ist die Beweispflicht des Beschädigten, wenn seine Körperbeschädigung die Verletzung eines mit dem Unternehmer abgeschlossenen Kontraktes enthält. Der Passagier, welchem sichere Beförderung versprochen ist, hat nur zu erweisen: Körperbeschädigung unter Verletzung dieser Verpflichtung und deren Schadensfolgen. Der Unternehmer hat sich zu exkulpiren. Aber der Exkulpationsbeweis ist nach vorherrschender Ansicht schon dann

[1]) Windscheid II § 455.

geführt, wenn der Unternehmer nachweist, dass die Körperbeschädigung ihren Grund hat in irgend einem Umstande, der ihm nicht zum Verschulden angerechnet werden kann (Nachlässigkeit eines sorgfältig ausgewählten und gehörig beaufsichtigten Gehülfen oder Arbeiters, mangelhafte Beschaffenheit der Anlage, der Werkzeuge, der Materialien, die ungeachtet ordnungsmässiger Untersuchung nicht erkennbar war u. dgl. mehr).[2])

Die neueren Kodifikationen stehen, was die Haftpflicht des Unternehmers anlangt, im Wesentlichen auf dem Boden des römischen Rechts. Der Unternehmer haftet bei eigenem Verschulden, aber er hat, ohne Unterschied von Delikten und Kontraktwidrigkeiten, für das Verschulden seiner Gehülfen und Arbeiter nur einzustehen, wenn er dabei in der einen oder anderen Form (nachlässige Auswahl, Beaufsichtigung, mangelhafte Werkzeuge u. s. w.) betheiligt ist. Eine Ausnahme macht indessen das französische Gesetzbuch in dem berühmten Artikel 1384, wonach die Unternehmer für allen Schaden haften, den ihre Gehülfen oder Arbeiter bei Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen einander oder dritten Personen zufügen.[3])

Weiter geht allerdings das R.O.H.G.[4]) Es erachtet ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht für erwiesen, wonach die Unternehmer grosser Transportanstalten insbesondere von Eisenbahnen für alle Beschädigungen (Körper und Sachbeschädigungen) haften, welche ihre Leute schuldhafter Weise in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen herbeigeführt haben. Ein solches Gewohnheitsrecht würde auch neben dem R.H.G. von grosser Bedeutung sein. Aber keines der Urtheile, welche das R.O.H.G. anzieht, bestätigt das behauptete Gewohnheitsrecht, andere Urtheile sagen das gerade Gegentheil des angenommenen Rechtssatzes;[5]) bei den Berathungen und Verhandlungen, welche dem § 25 des preussischen Eisenbahngesetzes[6]) und dem § 1 des R.H.G. vorangingen, ist ein solcher Rechtsatz nirgends ausgesprochen, vielmehr wird in den Motiven des Bundesrathes zum R.H.G. als Fehler des geltenden Rechts anerkannt.[7]) dass nach gemeinem Civilrecht und den davon beherrschten deutschen Partikularrechten nur der Schadensstifter für den durch Vorsatz oder Nachlässigkeit verursachten Schaden verantwortlich zu machen sei, und dessen Auftraggeber ausser in den Gebieten des französischen Rechts nur für sog. culpa in eligendo

[2]) Vgl. für das römische Recht P. F. v. Wyss, Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht. Zürich 1867. Goldschmidt, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen, in seiner Zeitschr. Bd. 16 S. 287—382. Wäntig, Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen. Leipzig 1875. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 § 455.

[3]) Vgl. für die neueren Kodifikationen Goldschmidt a. a. O. S. 374 ff. Stobbe, Deutsches Priv.R. Bd. 3 § 201, insbesondere für das französische Recht R.O.H.G. Bd. 11 S. 89 ff.

[4]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 78 ff.

[5]) Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 140 und Bd. 15 Nr. 26.

[6]) Vgl. Lehmann, Körperverletzungen und Tödtungen auf deutschen Eisenbahnen. Erlangen 1869 S. 45 ff.

[7]) Stenographische Berichte von 1871 I Bd. 3 S. 69.

hafte, sofern nicht des letzteren Ersatzpflicht durch Widerrechtlichkeit des Auftrags oder dessen kontraktwidrige Ausführung begründet werde. Der Nachweis des angenommenen Gewohnheitsrechtes dürfte daher nicht erbracht sein.[8])

Das Unzureichende des eben skizzirten Rechtszustandes lag darin, dass die Haftpflicht bei grossen Unternehmungen nur selten **praktisch** bis an den Unternehmer heranreichte. Seine Thätigkeit beschränkt sich durchweg auf die Oberleitung und auch darin lässt er sich oft genug durch andere Personen vertreten, was rechtlich durchaus statthaft ist. Soweit er nicht selbst gehandelt, soweit er die Errichtung und Einrichtung, die Reparatur der Anlage, die Auswahl und Beaufsichtigung von Angestellten und Arbeitern u. s. w. Gehülfen anvertraut hat, haftet er lediglich dafür, dass er bei deren Auswahl, Beaufsichtigung und Instruktion mit Umsicht und Sorgfalt verfahren ist, also für sog. culpa in eligendo. Diese Haftung ist aber mit der Abwesenheit effektiver Verantwortlichkeit beinahe gleichbedeutend, da der Nachweis der Untauglichkeit des Gehülfen und dass der Unternehmer bei pflichtmässiger Prüfung und Umsicht hiervon habe Kenntniss haben müssen, mit ungemeinen Schwierigkeiten verbunden ist. Je grösser daher die Unternehmung, je weniger der Unternehmer sich an ihrem Betriebe betheiligte, je grösser die Arbeitstheilung in dem Betriebe, um so geringer war die Aussicht, den Unternehmer mit Erfolg belangen zu können.[9]) Diesem Uebelstande konnte auf dem Boden des Privatrechts nur auf einem der drei folgenden Wege abgeholfen werden:

1. die Substitutionsbefugniss des Unternehmers konnte beschränkt, demselben also in grösserem oder geringerem Umfange persönliche Leitung und Beaufsichtigung seines Betriebes zur Pflicht gemacht werden;

2. die Betriebsunfälle konnten schlechthin dem Unternehmer der Anlage als annexum seines gefährlichen Betriebes zur Last gelegt werden, vorbehältlich bestimmter Ausnahmen (höhere Gewalt, eigenes Verschulden des Beschädigten);

3. der Unternehmer konnte, nach Anleitung des bereits angezogenen Art. 1384 des französischen Gesetzbuches, für die Versehen seiner Angestellten haftpflichtig gemacht werden.

Der erste Weg würde den Gewerbebetrieb erschwert haben, dagegen hat die neuere Gesetzgebung allerdings von den beiden anderen Wegen Gebrauch gemacht.

---

[8]) Uebereinstimmend Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 395 u. 96 Not. 33. — Das Reichsgericht hat sich über das Bestehen des vom R.O.H.G. angenommenen Gewohnheitsrechts noch nicht geradezu ausgesprochen. Allerdings ist durch Urtheil des II. Civ.Sen. vom 13. April 1880 (Bd. 1 S. 277) eine sächsische Eisenbahngesellschaft für den durch Verschulden ihres Dienstpersonals verursachten Schaden als Urheber (mit der umfassenderen landesrechtlichen Ersatzverbindlichkeit) für haftpflichtig erklärt, aber diese Entscheidung wird nicht auf gemeines Gewohnheitsrecht, sondern auf sächsische Praxis gestützt; der Bezugnahme auf die sächsische Praxis hätte es nicht bedurft, wenn das R.G. der Entscheidung des R.O.H.G. hätte beitreten wollen.

[9]) Ich übergehe den theoretischen Zweifel, ob die actio legis Aquiliae gegen den Fiskus und andere juristische Personen wegen Versehen ihrer Vertreter statthaft ist, da die neuere Praxis soweit ich sehe diese Frage beinahe übereinstimmend und gewiss mit Recht bejaht hat. Vgl. namentlich R.O.H.G. Bd. 8 S. 201 f.

Zu den Mängeln des materiellen Rechts kamen schwere Fehler und Gebrechen des früheren Prozesses. Bei der früher in den deutschen Staaten vorherrschenden gesetzlichen Beweistheorie war der Nachweis des Verschuldens, der Existenz und des Betrages eines Schadens beinahe immer schwierig, häufig unmöglich. Der Unternehmer konnte sich in denjenigen Fällen, wo er nach materiellem Recht zum Schadensersatz verpflichtet war, nur zu oft wegen des ganz ungenügenden Zustandes des Schadenprozesses einer effektiven Haftpflicht entziehen.

III. Der Ruhm, die deutschen Staaten bei der nothwendigen Reform des Haftpflichtrechts geleitet zu haben, gebührt der **preussischen** Gesetzgebung. Durch § 25 des preussischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838:

„Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen oder Gütern oder auch anderen Personen und deren Sachen entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, dass der Schaden entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äusseren Zufall bewirkt worden ist. — Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten"[10])

wurde die **civilrechtliche Verantwortlichkeit für Körper- und Sachbeschädigungen bei der Beförderung auf der Bahn** dahin gelegt, wo sie allein wirkungsreich ist, nämlich auf die Eisenbahn-Gesellschaft, auf den Unternehmer, der sich nur durch den Nachweis eigenen Verschuldens des Beschädigten oder höherer Gewalt sollte liberiren können. Dieser § 25 wurde in benachbarten kleinen Staaten (Holstein, Mecklenburg und die sächsischen Herzogthümer), rezipirt, wogegen die anderen deutschen Staaten es nicht für nöthig hielten, die Haftpflicht der Eisenbahnen (meist Staatsbahnen) durch besondere Gesetze zu ordnen.[11])

Das H.G.B. enthält Bestimmungen über die Haftpflicht der See-Transportanstalten. Der Rheder haftet mit Schiff und Fracht für allen Schaden (Körper- und Sachbeschädigungen), welchen eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt (Art. 451 u. 452). Der Führer des Schiffes haftet für jeden durch sein Verschulden entstandenen Schaden, namentlich gegenüber den Passagieren und der Schiffsbesatzung, und hat diesen Personen gegenüber nicht die Einrede, dass er auf Anweisung des Rheders gehandelt habe (Art. 478 u. 479). Dagegen wird die Haftpflicht beim Landtransport und bei anderen industriellen Unternehmungen durch das H.G.B. nicht geordnet; ausser dass die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten für Handelsgeschäfte erklärt

---

[10]) Vgl. bezüglich der Interpretation des § 25 des preussischen Eisenbahngesetzes Eger, Kommentar S. 287 ff. und die dort angezogenen Urtheile, namentlich R.O.H.G. Bd. 6 S. 9.

[11]) Vgl. Lehmann a. a. Orte S. 17 ff.

werden (Art. 272 Z. 3), was namentlich die gegenüber einzelnen deutschen Landesrechten wichtige Wirkung hat, dass wer aus einem solchen Geschäfte wegen Körperbeschädigung entschädigungsberechtigt ist, vollen Schadensersatz (wirklichen Schaden und entgangenen Gewinn) begehren kann (Art. 283).

Nachdem in **Oesterreich** bereits durch § 19 der mit Gesetzeskraft erlassenen Eisenbahnbetriebsordnung vom 16. November 1851 die Verantwortlichkeit des Bahnunternehmers auf die durch das Verschulden seiner Beamten und Diener an Personen und Sachen entstandenen Beschädigungen ausgedehnt war, wurden die Eisenbahnunternehmungen durch das österreichische Haftpflichtgesetz vom 5. März 1869, auf Grund fingirter Kulpa, für alle Tödtungen und Körperverletzungen, welche durch eine Ereignung im Verkehr einer mit Anwendung der Dampfkraft betriebenen Eisenbahn herbeigeführt sind, nach Maassgabe der §§ 1325—1327 des o. B.G.B. für haftpflichtig erklärt, allein vorbehältlich der Einreden der höheren Gewalt (mit Einschluss der unabwendbaren Handlung einer dritten Person) und des eigenen Verschuldens des Beschädigten. Verträge, wodurch im Voraus diese Haftpflicht ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind ohne rechtliche Wirkung.[12])

Die Anregung zum R.H.G. ist vom Reichstage des norddeutschen Bundes ausgegangen, welcher am 24. April 1868 eine Petition des Ausschusses der nationalliberalen Partei in Leipzig, worin unter Darlegung der Mängel der gesetzlichen Bestimmungen über Schadensansprüche von Privatpersonen bei nicht von ihnen verschuldeten Unglücksfällen um deren Revision gebeten wurde, dem Bundeskanzler zu thunlichster Berücksichtigung überwies.

Durch Schreiben des Bundeskanzlers vom 28. März 1871 wurde dem Reichstage der vom Bundesrathe beschlossene „Entwurf eines Gesetzes betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen“ nebst Motiven zur verfassungsmässigen Beschlussnahme vorgelegt.[13])

Die Motive anerkennen die Mangelhaftigkeit des bestehenden Haftpflichtzustandes in materieller und prozessualer Beziehung, lehnen aber eine generelle Reform der Grundsätze über die Verbindlichkeit zum Schadensersatz ab, weil ein so weit gestecktes Ziel sich nur im Zusammenhang mit dem gesammten System des Obligationenrechts erreichen lasse. „Zur Zeit wird es sich allein darum handeln können, im Wege eines Spezialgesetzes Bestimmungen zu treffen, um denjenigen, welche bei mit ungewöhnlicher Gefahr verbundenen Unternehmungen an Leib oder Leben beschädigt werden, beziehungsweise ihren Hinterbliebenen einen Ersatz des erlittenen Schadens zu sichern. — Hierbei werden vorzugsweise die Eisenbahnen, Bergwerke und Fabriken in Betracht zu ziehen sein.“

---

[12]) Vgl. über das österreichische Recht namentlich Randa, Ueber die Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen. Wien 1869.

[13]) Stenographische Berichte des Reichstages von 1871 I Bd. 3, 68 ff.

Es war zu erwarten, dass die Beschränkung des Gesetzesvorschlages auf bestimmte gefährliche Unternehmungen Widerspruch finden würde; indessen sind alle Abänderungsanträge, welche eine Erweiterung des Kreises der haftpflichtigen Gewerbe oder eine Ausdehnung des Gesetzes auf gefährliche gewerbliche Anlagen überhaupt bezweckten, vom Reichstage abgelehnt. Die §§ 1 u. 2 des Gesetzesvorschlages des Bundesrathes, welche dem Gesetze den Charakter eines Spezialgesetzes geben, und ebenso dessen § 4 sind unverändert angenommen, dagegen sind die anderen Paragraphen mehr oder minder abgeändert theilweise umgestaltet und hat der Reichstag dem Gesetzesvorschlage neue Bestimmungen (§§ 4 und 10 des Gesetzes) beigefügt.[14])

Nachdem der Bundesrath dem Gesetzesvorschlage in der vom Reichstage beschlossenen Form seine Zustimmung ertheilt, ist das Gesetz, mit dem Datum des 7. Juni 1871 in der am 14. Juni 1871 ausgegebenen No. 25 des Reichsgesetzblattes von 1871 publizirt, und demnächst durch Gesetz vom 1. November 1872 für die Zeit seit 1. Januar 1873 auch im Reichslande Elsass-Lothringen eingeführt.

IV. Das R.H.G. zerfällt in drei Theile,

1. materielle Vorschriften (§§ 1—5 und 8)

2. prozessualische Vorschriften (§§ 6, 7 und 10), beide für reichsrechtliche Haftpflichtsachen,

3. Ausdehnung einiger dieser Vorschriften (§§ 3, 4, 6—8, vgl. auch § 10) auf landesrechtliche Haftpflichtsachen (§ 9).

Die materiellen Vorschriften bestimmen zunächst in den §§ 1 und 2 Voraussetzungen und Inhalt der Haftpflicht beim Betriebe von Eisenbahnen einerseits, von Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken andererseits, und zwar die Voraussetzungen in durchaus verschiedener Weise, indem die Haftpflicht beim Eisenbahnbetriebe dem Unternehmer schlechthin zur Last gelegt wird, allein ausgenommen höhere Gewalt und eigenes Verschulden des Beschädigten, wogegen der Unternehmer von Bergwerken u. s. w. nur für Verschulden seiner Angestellten in Ausführung der Dienstvorrichtungen für haftpflichtig erklärt wird.

Gleichförmig für die Unternehmer von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. werden dann bestimmt

der Umfang der Haftpflicht (§§ 3 und 4),

das Vertragsverbot (§ 5),

die Verjährung (§ 8).

Die prozessualischen Vorschriften wollen den erheblichsten Mängeln des früheren Schadenprozesses abhelfen (§§ 6 und 7), enthalten aber auch eigenartige Bestimmungen für einzelne Schadensforderungen (Ersatz für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit und für entzogenen Unterhalt § 7), und suchen die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gesetzes dadurch zu sichern, dass die Recht-

[14]) Die Verhandlungen und Beschlüsse des Reichstages sind enthalten in den Stenographischen Berichten von 1871 I Bd. 1, erste Lesung S. 201 f., zweite Lesung S. 438 f., 463 f., 487 f., dritte Lesung S. 515 f., 604 f., Abstimmung S. 653.

sprechung in reichsrechtlichen und landesrechtlichen Haftpflichtsachen in letzter Instanz dem Reichsoberhandelsgericht überwiesen wird (§ 10).

Während das R.H.G. die landesrechtlichen Haftpflichtsachen im Uebrigen unberührt lässt, sind doch aus Zweckmässigkeitsgründen einige seiner Bestimmungen, Umfang der Haftpflicht, Verfahren und Verjährung, auf dieselben ausgedehnt (§ 9).

Das R.H.G. hat, wegen seiner grossen praktischen Wichtigkeit, eine umfassende Literatur[15]) hervorgerufen und zu zahlreichen Urtheilssprüchen Anlass gegeben;[16]) seine Auslegung und Anwendung hat manche Kontroversen herbeigeführt. Theilweise waren dieselben unvermeidlich, — es war nicht zu erwarten, dass ein Spezialgesetz über wichtige und schwierige Fragen des Obligationenrechts und Prozesses sich leicht in den bestehenden Rechtszustand einfügen werde, — theilweise hätten sie bei sorgfältigerer Abwägung seiner Bestimmungen und bei grösserer Umsicht in ihrer Redaktion vermieden werden können. Immerhin wird man aber in dem Grundgedanken des Gesetzes — einen wirksamen Rechtsschutz gegen Verletzungen von Leben und Gesundheit bei dem grossen Gewerbebetriebe zu gewähren, dadurch die Vorsicht zu schärfen und die Zahl der Unfälle zu mindern — einen wichtigen und heilsamen Fortschritt unserer Gesetzgebung finden müssen. Der mit Recht gegen die deutsche Gesetzgebung erhobene Vorwurf, dass sie die Waare (Thiere einbegriffen) ausgiebiger gegen Eisenbahnunfälle schütze als des Menschen theuerstes materielles Gut: sein Leben und seine Gesundheit, ist erst durch das R.H.G. beseitigt.[17])

V. Nachdem wiederholt im Reichstage die Reform und Ausdehnung der Haftpflicht angeregt war,[18]) hat der Reichskanzler durch Schreiben vom

[15]) Endemann, Die Haftpflicht der Eisenbahnen. Bergwerke u. s. w. 1. Aufl. 1871, 2. Aufl. Berlin 1876. A. Frantz, Die Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerks- und Fabrikunternehmer. Beuthen 1872. L. Jacobi, Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz u. s. w., 11. Aufl. Berlin 1878. R. Römer, Das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 und die actio de recepto in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 18 S. 1 f. K. Kah, Das Haftpflichtgesetz. Mannheim und Strassburg 1874. C. H. Dreyer, Das deutsche Reichscivilrecht §§ 76—79. Leipzig 1876. G. Eger, Das Reichshaftpflichtgesetz, 2. Aufl. Breslau 1879. G. Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 37. Tübingen 1878. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 3 §§ 200 u. 201, Dernburg, Preussisches Priv.R. Bd. 2 § 264. Weitere Literatur s. bei Eger S. 1 u. 2.

[16]) In der chronologischen Uebersicht der Entscheidungen des R.O.H.G., die sich auf das Reichshaftpflichtgesetz beziehen, bei Eger S. VI f. werden nicht weniger als 215 Urtheile angeführt.

[17]) Lehmann a. a. O. S. 111. Rauda a. a. O. S. 4.

[18]) Vgl. namentlich Verhandlungen des Reichstages vom 9. u. 10. April 1878, Antrag des Abgeordneten Dr. Hirsch: „einen wirksamen Schutz in allen mit besonderer Gefahr für Leben und Gesundheit verbundenen Gewerbebetrieben durch anderweite Regelung des § 2 (des R.H.G.), namentlich der Beweislast anzustreben“, und die im Wesentlichen auf dasselbe hinausgehenden Anträge der Abgeordneten Freiherr v. Stauffenberg, Dr. Stephani und Dr. Lasker, welche der Gewerbekommission überwiesen wurden, die dem Reichstage folgende (nicht zur Verhandlung gelangte) Resolution überreichte, „den Reichskanzler zu ersuchen, dass er Erhebungen darüber anstelle, ob nicht die

8. März 1881 dem Reichstage den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Unfallversicherung der Arbeiter, zur verfassungsmässigen Beschlussnahme vorgelegt.

Dieser Entwurf ist zwar, mit erheblichen Abänderungen, vom Reichstage in dritter Lesung angenommen, indessen hat ihm der Bundesrath am 25. Juni 1881 die Zustimmung versagt. Trotzdem ist ein ganz kurzes Eingehen auf die Grundzüge dieses Entwurfes geeignet.

Der Entwurf des Arbeiterunfallversicherungsgesetzes hat theils aus Rechts- theils aus sozialpolitischen Gründen (bei Erlass des Sozialistengesetzes anerkannte Verbindlichkeit, durch positive Maassnahmen die Lage der Arbeiter zu verbessern) den Boden des Haftpflichtgesetzes verlassen. Als wichtigste Mängel der Haftpflicht der Unternehmer von Bergwerken, Fabriken, Steinbrüchen und Gruben wurden hervorgehoben: die Abhängigkeit des Entschädigungsanspruches von einem Verschulden des Unternehmers bezw. seiner Angestellten, die Schwierigkeit des Nachweises eines solchen Verschuldens, die Häufigkeit der Haftpflichtprozesse, welche das Verhältniss zwischen Arbeitgeber und Arbeiter verbitterten und vergifteten, die hülflose Lage des beschädigten Arbeiters und seiner Hinterbliebenen, falls der Unternehmer nicht haftpflichtig sei oder seiner Haftpflicht nicht genügen könne. Diesen Mängeln könne in wirksamer Weise nur durch eine Versicherung der Arbeiter und Angestellten gegen die Unfallsgefahr abgeholfen werden. Demnach statuirte der Entwurf eine Verbindlichkeit der Arbeiter und der Betriebsbeamten (letztere mit Einschränkungen) in Bergwerken, Salinen, Aufbereitungsanstalten, Brüchen und Gruben, auf Werften, in Anlagen für Bauarbeiten (Bauhöfen), in Fabriken (vorbehältlich der Befugniss des Bundesrathes, für solche Fabriken, deren Betrieb mit Unfallsgefahr für die darin beschäftigten Personen nicht verknüpft sei, die Versicherungspflicht auszuschliessen) und Hüttenwerken zur Versicherung gegen die Folgen der bei dem Betriebe sich ereignenden Unfälle, und zwar in der Regel bei einer staatlichen Versicherungsanstalt, weil nur eine solche volle Garantie gegen Insolvenz biete (§§ 1—4, 56 und 57). Die Versicherungsanstalt sollte leisten 1) im Falle der Körperverletzung a) die Kosten des Heilverfahrens seit Beginn der dritten Woche nach Eintritt des Unfalls (Karenzzeit), b) eine Rente für die Dauer der Erwerbsunfähigkeit nach Ablauf der Karenzzeit, bestehend bei völliger Erwerbsunfähigkeit in $^2/_3$, bei theilweiser Erwerbsunfähigkeit in einer geringeren Quote (höchstens $^1/_2$) des Arbeitsverdienstes im letzten Jahr vor dem Unfall, und

---

Bestimmungen des Gesetzes vom 7. Juni 1871 auf andere mit besonderer Gefahr für Leben und Gesundheit verbundenen Erwerbsbetriebe auszudehnen und die Verantwortlichkeit des Unternehmers, sowie die Beweislast in einer der Natur der einzelnen Gewerbebetriebe entsprechenden Weise zu regeln seien und dass er dem Reichstage darüber eine Vorlage mache;" Interpellation des Abgeordneten Dr. Freiherr von Hertling vom 15. Februar 1879 im Sinne vorstehender Resolution und nach deren dilatorischer Beantwortung Antrag desselben vom 26. Februar 1879: „den Reichskanzler aufzufordern, eine Revision des Gesetzes vom 7. Juni 1871 in Bezug auf den Betrieb von Bergwerken und mit besonderer Gefahr verbundenen gewerblichen Anlagen zu veranlassen und dem Reichstage in nächster Session eine bezügliche Gesetzesvorlage zu machen."

zwar ohne Rücksicht auf Verschulden, jedoch unter Reduktion der Rente auf die Hälfte, falls der Unfall durch grobes Verschulden des Verunglückten verursacht wurde, und unter Ausschluss aller Ansprüche des Verletzten, falls er sich vorsätzlich die Verletzung zugefügt habe oder habe zufügen lassen, und unter Vorbehalt der Erhöhung Minderung oder Aufhebung der Rente bei wesentlich veränderten Umständen, 2) im Falle der Tödtung a) 60 Mark als Ersatz der Beerdigungskosten, b) die Kosten des Heilverfahrens und eine Rente von $^2/_3$ des Arbeitsverdienstes, beides nach Ablauf der Karenzzeit, c) eine Rente für die Hinterbliebenen (Wittwe, Kinder unter 15 Jahren und Ascendenten) des Getödteten, bestehend höchstens aus $^1/_2$ des Arbeitsverdienstes im Jahre vor dem Unfall, und zwar ebenfalls ohne Rücksicht auf Verschulden, jedoch unter Ausschluss der Ansprüche unter a und b, falls der Getödtete den Unfall vorsätzlich herbeigeführt habe (§§ 8, 9, 10, 11, 12 letzter Absatz, 42). Die Versicherungsprämie sollte zu zwei Dritteln von dem Betriebsunternehmer, zu einem Drittel von dem Versicherten aufgebracht werden (§ 14); die Feststellung der Tarife, sowie der Bestimmungen über die Bildung des Reservefonds wurde der Reichsgesetzgebung, die Feststellung der Grundsätze über die Verwaltung des Vermögens der Landesversicherungsanstalten wurde der Landesgesetzgebung vorbehalten (§§ 7 u. 6), — weswegen der Entwurf nicht ganz ohne Grund einer Uhr mit Gehäuse und Zifferblatt aber ohne das Werk verglichen wurde. Enthielt auch der Entwurf keine Bestimmung über das Maximum des Prämienbetrages, so wurde doch die Erwartung ausgesprochen, dass derselbe auch bei den gefährlichen Gewerben 3 % des Jahresverdienstes der versicherten Arbeiter nicht übersteigen werde. Der Zeitpunkt, an dem das Gesetz in Kraft treten solle, wurde Kaiserlicher Verordnung mit Zustimmung des Bundesrathes vorbehalten.

Die wichtigsten Streitpunkte, welche bei Berathung des Gesetzentwurfes hervorgetreten sind, waren: 1) Reform und Ausdehnung der Haftpflicht oder Versicherungszwang; eine Minorität des Reichstags wollte ersteres, dagegen hat die grosse Mehrheit des Reichstages den Versicherungszwang acceptirt; § 2 des R.H.G. wurde von keinem Redner als ausreichend bezeichnet, 2) Reichsversicherungsanstalt oder Landesversicherungsanstalten; der Entwurf des Bundesrathes wollte eine Reichsversicherungsanstalt, die Majorität des Reichstages substituirte ihr Landesversicherungsanstalten, mit Befugniss der Bundesstaaten zu einer gemeinsamen Landesversicherung zusammenzutreten, 3) Versicherungsmonopol des Reiches bez. der Bundesstaaten oder Zulassung von Privatversicherungsanstalten; durch ein Kompromiss der Mehrheit des Reichstages wurde das Versicherungsmonopol acceptirt, unter gleichzeitiger Beseitigung der Reichsversicherungsanstalt, 4) der Zuschuss der Arbeiter zu der Versicherungsprämie; der Entwurf des Bundesrathes wollte einen Reichszuschuss bei Arbeitern mit einem Jahresarbeitsverdienst bis 750 M. einschliesslich; eine erhebliche Minderheit des Reichstages wollte die Versicherungsprämie ausschliesslich den Arbeitgebern zur Last legen. Vornehmlich an der Ablehnung eines Zuschusses zu der Versicherungsprämie aus öffentlichen Mitteln scheint der Entwurf im Bundesrathe gescheitert zu sein.

Uebrigens würde der Entwurf von dem völlig unbestimmt gelassenen Zeitpunkte an, wo er in Kraft getreten sein möchte, keineswegs das R.H.G. völlig beseitigt haben. Die Haftpflicht der Unternehmer der selbständigen Eisenbahnen (nicht integrirende Theile eines versicherungspflichtigen Betriebes — § 11) würde durch ihn gar nicht berührt sein, die Haftpflicht der Unternehmer von Bergwerken, Steinbrüchen, Gruben und Fabriken sollte nur gegenüber solchen Personen und deren Hinterbliebenen, welche nach Maassgabe des Entwurfes versichert wären (Arbeiter und Betriebsbeamte), in Wegfall kommen (§ 47).

II. Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers für Tödtungen und Körperverletzungen bei dem Eisenbahnbetriebe.

§ 377.

Einleitung.

Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers für Tödtungen und Körperverletzungen beim Eisenbahnbetriebe wird durch § 1 des Haftpflichtgesetzes geregelt. Derselbe lautet:

„Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist."

Ein kurzer, aber inhaltreicher Paragraph, welcher zahlreiche Kontroversen hervorgerufen hat. Mit Recht ist bemerkt, dass beinahe jedes Wort der Interpretation bedarf oder zu Zweifeln Anlass gibt.[1] Der Paragraph zerfällt in drei Theile, der Vordersatz normirt die Voraussetzungen der Haftpflicht, der Hauptsatz bestimmt die Rechtsfolge beim Zusammentreffen dieser Voraussetzungen, der Nachsatz statuirt die beiden einzigen Ausnahmen der Haftpflicht. Hiernach bedürfen der Untersuchung:

A. die Voraussetzungen der Haftpflicht,

B. die daran geknüpfte Rechtsfolge, Haftpflicht des Betriebsunternehmers,

C. die Ausnahmen der Haftpflicht.

§ 378.

A. Die Voraussetzungen der Haftpflicht.

Der Vordersatz des § 1 macht die Haftpflicht des Betriebsunternehmers von drei Voraussetzungen abhängig:

1. **Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen (Unfall),**

---

[1]) Endemann S. 4.

2. **bei einer bestimmten Unternehmung, der Eisenbahn (Eisenbahnunfall),**

3. **bei dem Betriebe dieser Unternehmung (Eisenbahnbetriebsunfall).**

Weitere Erfordernisse enthält der Wortlaut des Gesetzes nicht; es fragt sich aber, ob nicht, nach der Geschichte des Gesetzes und nach der Absicht des Gesetzgebers, der Eisenbahnbetriebsunfall ein besonders qualifizirter sein, nämlich mit den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes in wenigstens mittelbarer Verbindung stehen muss, um die Haftpflicht des Betriebsunternehmers zu begründen.

1. Die erste Voraussetzung der Haftpflicht, **Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen**, bietet keine Schwierigkeiten. Tödtung und Körperverletzung sind in demselben weiten Sinne zu nehmen, der ihnen nach dem Reichsstrafgesetzbuch zukommt. Unter den Begriff der Körperverletzung fällt jede Beschädigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen, ohne Unterschied ob sie durch eine äussere Einwirkung oder durch Gemüthserschütterung verursacht,[1]) weiter ohne Unterschied, ob sie durch ein einzelnes oder durch mehrere Ereignisse herbeigeführt ist, ebenso ohne Unterschied, ob diese im gewöhnlichen Verlauf des Betriebes sich begeben haben oder ob sie Resultat einer Betriebsstörung waren;[2]) denn das Gesetz sagt schlechthin: „Wenn ein Mensch . . . . . körperlich verletzt wird." Jedoch muss die Körperverletzung einen nach dem R.H.G. erstattungsfähigen Schaden herbeigeführt haben, weil dasselbe nur die Schadensersatzpflicht zum Gegenstande hat. Tödtung begreift jede Körperverletzung mit tödtlichem Ausgange, ohne Unterschied, wann der Tod eingetreten ist, jedoch vorausgesetzt, dass der Tod nachweislich eine Folge der Verletzung gewesen ist. Auf die rechtlichen Beziehungen des Unternehmers zu dem Verletzten kommt nichts an; der Unternehmer haftet wie schon nach dem preussischen Gesetze vom 3. November 1838 in gleicher Weise seinen Beamten, den Passagieren und dritten Personen, mit denen er keinen Vertrag geschlossen hat. Auch in dieser Hinsicht passt die Analogie des Reichsstrafgesetzbuches.

2. Erhebliche Schwierigkeiten macht dagegen das zweite Erforderniss der Haftpflicht, **Eisenbahnunfall.** Es kommt darauf an, die Unternehmung, bei welcher der Unfall sich zugetragen haben muss, genau zu bestimmen und abzugrenzen. Was versteht das Gesetz unter Eisenbahn? wie weit geht der Umfang der Eisenbahn, welche Bestandtheile derselben werden durch das Wort mitbegriffen? wann ist eine Eisenbahn im Sinne des Gesetzes vorhanden? Bei diesen Fragen müssen wir auf die Materialien des Gesetzes[3]) zurückgehen; aber auch diese geben keine völlig sichere unzweifelhafte Antwort.

Was versteht das Gesetz unter Eisenbahn? § 25 des preussischen Gesetzes vom 3. November 1838 bezog sich nur auf Lokomotiveisenbahnen, und zwar

[1]) R.O.H.G. Bd. 21 S. 412.

[2]) A. M. Eger S. 62.

[3]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 1 S. 438 ff. insb. S. 445 u. 451, Bd. 3 S. 68 ff.

auf fertig gestellte dem öffentlichen Verkehr übergebene Eisenbahnen.[4]) Ebenso verstehen zahlreiche sonstige Gesetze und Verordnungen unter dem Ausdruck Eisenbahn nur Lokomotiveisenbahnen.[5]) Das Reichshaftpflichtgesetz hat aber diesen Begriff der Eisenbahn verlassen; in den Motiven des Bundesrathes, denen insoweit nicht widersprochen ist, wird gesagt: „der allgemeine Ausdruck soll auch die mit Pferden betriebenen Bahnen umfassen.“ Der Ausdruck Eisenbahn hat daher eine allgemeine dem Sprachgebrauch entsprechende Bedeutung; namentlich erstreckt sich das Gesetz auch auf Pferdeeisenbahnen.[6])

Eisenbahn (chemin de fer, railway, railroad) ist sprachlich gleichbedeutend mit Schienenweg. Darunter fällt jedes Unternehmen zur Beförderung von Personen oder Sachen, sofern deren Ortsveränderung durch Fahrzeuge bewirkt wird, die sich auf Eisen-(Stahl-)schienen bewegen. **Die Art der Bewegung der Fahrzeuge unterscheidet die Eisenbahn von andern Wegen.** Mittelst welcher Kraft die Fahrzeuge auf den Schienen bewegt werden, ob durch Dampfkraft, durch Thierkraft oder durch Menschenhand, oder ob sie sich selbst bewegen in Folge geneigter Lage der Bahn, das macht keinen Unterschied. Auch darauf kommt es nicht an, ob der Schienenweg dem öffentlichen Verkehr übergeben ist, oder dem besondern Verkehr einer oder einzelner Personen dient; das H.G.B. spricht im Art. 422 mit Recht von „einer Eisenbahn, welche dem Publikum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet ist“, und unterscheidet damit Eisenbahnen zum öffentlichen und zum Privatverkehr. Im Begriffe des Weges liegt das Merkmal einiger Ausdehnung; ein ganz kurzer Schienenstrang z. B. zur Beförderung eines Krahnes (vgl. R.O.H.G. Bd. 13 S. 372 ff.) wird nicht mit dem Ausdruck Eisenbahn bezeichnet; indessen ist dieses Merkmal einer genaueren Begrenzung nicht fähig. Ob der Schienenweg für länger dauernden oder nur vorübergehenden Verkehr, etwa zur Herbeischaffung von Materialien für einen Bau, bestimmt ist, macht keinen Unterschied; im Begriffe des Weges liegt nicht die dauernde Bestimmung zu Verkehrszwecken.[7])

Die Zahl der Unternehmungen, die nach dem Sprachgebrauch unter den Begriff der Eisenbahn fallen, ist eine grosse: Lokomotiveisenbahnen aller Art, Pferdeeisenbahnen, Arbeitseisenbahnen, d. h. solche, die zur Herbeischaffung von Material bei einem Bau oder einer anderen umfassenderen Arbeit dienen, Eisenbahnen in Bergwerken, Eisenbahnen bei gewerblichen Etablissements.

Bei den Berathungen des Reichstages ist von dem preussischen Bundesbevollmächtigten hervorgehoben,[8]) dass das Gesetz sich nicht auf unterirdische, sondern nur auf überirdische genauer auf aufirdische Eisenbahnen erstrecken solle. Den Anlass dieser Aeusserung gaben die Eisenbahnen in Bergwerken,

---

[4]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 10.

[5]) Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich Art. 4 Ziff. 8, Art. 41—47, Reichsgesetz betr. die Errichtung eines Reichs-Eisenbahn-Amtes vom 27. Juni 1873, die vom Deutschen Reich ergangenen Bahnpolizei- u. Betriebsreglements.

[6]) R.G. Bd. 2 S. 8 u. 9.

[7]) R.O.H.G. Bd. 20 S. 151.

[8]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 1 S. 451.

die allerdings, jedoch aus einem andern Grunde in der Regel von dem § 1 des Gesetzes auszunehmen sein werden (vgl. S. 638). Ist auch dieser Aeusserung nicht widersprochen, so ist sie doch mit Recht eine „vereinzelte Aeusserung"[9]) genannt und hat keinen Anspruch darauf, als Wille des Gesetzgebers behandelt zu werden, mindestens nicht über den Fall hinaus (Eisenbahnen in Bergwerken), der sie veranlasst hat. Sonst würden die unterirdischen Strecken von Eisenbahnen (Tunnels) von der Wirksamkeit des Gesetzes auszunehmen sein, was meines Wissens Niemand behauptet; sonst würden unterirdische Eisenbahnen und Lufteisenbahnen, die bei uns nach dem Vorgange anderer Länder (unterirdische Eisenbahn in London, Lufteisenbahn in New-York) entstehen mögen, nicht unter das Gesetz fallen, obwohl alle sonstigen Merkmale der Eisenbahn bei ihnen zutreffen und grade bei ihnen das Schutzbedürfniss gegen Gefahren für Leben und Gesundheit ein besonders grosses sein würde.

Somit ergeben die Materialien des Gesetzes nur Eines: der Ausdruck Eisenbahn darf nicht auf Lokomotiveisenbahnen beschränkt werden; es fallen darunter namentlich auch die Pferdeeisenbahnen. Einschränkungen des Eisenbahnbegriffes können aus denselben nicht entnommen werden, folgeweise muss der Ausdruck Eisenbahn dem Sprachgebrauch gemäss verstanden werden;[10]) die vorhin angeführten Unternehmungen sind insgesammt Eisenbahnen.

Dies ist allerdings kontrovers. Eger, Kommentar S. 43 ff. verlangt im Anschluss an das preussische Eisenbahngesetz zum Begriffe der Eisenbahn **öffentlichen, monopolisirten** (besser ausschliesslichen) Transportbetrieb auf Eisenschienen mittelst irgend einer Treibkraft; indessen gewiss im Widerspruch mit dem Sprachgebrauch, im Widerspruch auch mit dem H.G.B. Art. 422, im Widerspruch mit der vorhin allegirten Erklärung des Bundesbevollmächtigten, der unter Umständen auch auf Eisenbahnen zum Privatverkehr (falls nämlich dieselben dem Bahnpolizeireglement unterworfen seien) das Gesetz anwenden wollte, im Widerspruch auch mit der Jurisprudenz des Reichsoberhandelsgerichts[11]) und des Reichsgerichts, welche wiederholt das Gesetz auf Arbeitsbahnen unter einer

---

[9]) Endemann S. 12.

[10]) Uebereinstimmend Endemann S. 13.

[11]) Das R.O.H.G., Entsch. Bd. 20 S. 151 ff. u. Bd. 21 S. 243 ff. erachtet den § 1 des Haftpflichtgesetzes anwendbar einmal auf diejenigen Eisenbahnen, welche öffentliche Verkehrsanstalten zum gewerblichen Transport von Personen oder Gütern sind, dann aber auch auf diejenigen Eisenbahnen, welche zwar keine öffentlichen Verkehrsanstalten sind, jedoch in Ansehung der Gefährlichkeit des Betriebs den zum allgemeinen Verkehr bestimmten Eisenbahnen gleichgeachtet werden können. Diese Entscheidungen beruhen auf der vom R.O.H.G. in konstanter Praxis festgehaltenen Ansicht, dass nur ein mit den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes in Verbindung stehender Unfall die Eisenbahnunternehmer nach § 1 des Gesetzes haftpflichtig macht. Zwischen diesen Entscheidungen und der hier vertretenen Ansicht besteht kein Widerspruch; der Ausgangspunkt der Untersuchung ist ein verschiedener, in der vorstehenden Untersuchung die Frage: was versteht das Gesetz unter Eisenbahn? bei den vorbezeichneten Entscheidungen die Frage: wie muss die Eisenbahn beschaffen sein, damit Betriebsunfälle dem § 1 des R.H.G. unterliegen? Das R.G. hat mit Recht, unter Zurückweisung der eine Verkümmerung des R.H.G. anstrebenden durch Sonderinteressen hervorgerufenen Strömungen,

bestimmten Voraussetzung für anwendbar erklärt haben (R.O.H.G. Bd. 20 S. 151 ff. — Bd. 21 S. 243 — Bd. 25 S. 203. — R.G. Bd. 1 S. 247 — Bd. 3 S. 38).

Nicht allein der Begriff, auch der **Umfang** der Eisenbahn bedarf einer Abgrenzung. Die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmer ist eine räumlich begrenzte; sie haften nur für Unfälle, welche auf dem Raum der Eisenbahn oder von demselben aus entstehen. Zur Eisenbahn gehört zunächst der Bahnkörper, also der mit Schienen belegte Traktus nebst seinem Zubehör (Dossirungen des Bahndammes, Viadukte, Tunnels). dann die Vorrichtungen auf oder neben dem Bahnkörper, die den Betrieb fördern oder sichern sollen, namentlich die Signalstangen,[12]) weiter die auf den Schienen befindlichen Fahrzeuge mit ihrem Inhalt, endlich auch diejenigen Immobilien und Mobilien, die durch Schienen mit dem Bahnkörper in Verbindung stehen und soweit sie dem Eisenbahnverkehr dienen z. B. Geschäftsräume und Wartesäle der Empfangsgebäude auf den Bahnhöfen, Güterböden, Lokomotiv- und Wagenschuppen, Maschinenwerkstätten, mit Schienen belegte Eisenbahntrajekte zum Uebersetzen von Fahrzeugen (Dampfponten).[13]) Zahlreiche andere Sachen haben mit den angeführten die Bestimmung gemein, den Eisenbahnverkehr zu fördern oder ihm sonst zu dienen, so die Direktionsgebäude, Gebäude zur Verfertigung und Aufbewahrung von Eisenbahnmaterialien, Wohnräume in den Stationsgebäuden, Wärterhäuser ausserhalb des Bahnkörpers, nicht mit Schienen belegte Dampfschiffe zum Uebersetzen von Passagieren oder Gütern der Bahn;[14]) Rechtsgeschäfte über die Eisenbahn werden im Zweifel auch diese Immobilien und Mobilien erfassen; sie mögen darum zur Eisenbahn im weiteren Sinne gerechnet werden;[15]) aber es fehlt bei ihnen die räumliche Verbindung mit der Eisenbahn oder sie dienen nicht unmittelbar dem Eisenbahnbetriebe und können daher zur Eisenbahn im Sinne des Haftpflichtgesetzes nicht gerechnet werden.

Von welchem Zeitpunkte an ist eine Eisenbahn vorhanden? Sowie die Merkmale einer Eisenbahn, ein mit Schienen belegter Weg, vorhanden sind.

---

die Jurisprudenz des R.O.H.G. fortgesetzt. In einer Entscheidung des I. Civilsenates (Bd. 1 S. 247) wird die Eisenbahn definirt: „Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport grosser Gewichtsmassen, bez. die Erzielung einer verhältnissmässig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den ausserdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektrizität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon die eigene Schwere der Transportgefässe und deren Ladung u. s. w.) bei dem Betriebe des Unternehmens eine gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist.“

[12]) Vgl. R.G. Bd. 1 S. 52, Bd. 2 S. 85.

[13]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 235.

[14]) Vgl. das bei Eger S. 36 u. 37 angeführte Urtheil des R.O.H.G.

[15]) Vgl. v. Hahn, Kommentar Art. 422 § 1.

Die Arbeiten, welche dem vorangehen, Bau des Bahnkörpers, der Brücken, der Gebäude, Legen der Schienen sind Vorbereitungen zur Eisenbahn; auf den Bau der Eisenbahn, wie auf das Baugewerbe überhaupt findet das R.H.G. keine Anwendung. Erst der fertige Schienenstrang macht die Eisenbahn, aber auch der fertige Schienenstrang allein, ohne Rücksicht, ob die Eisenbahnanlage polizeilich revidirt und für betriebsfähig erklärt ist, ohne Rücksicht ob dem Betriebsunternehmer die Handhabung der Bahnpolizei übertragen ist, ohne Rücksicht ob der öffentliche Verkehr eröffnet ist, ohne Rücksicht ob der Betrieb ein polizeilich erlaubter oder verbotener gewesen ist, ja ohne Rücksicht ob der Schienenstrang ein definitiver oder provisorischer ist, selbstverständlich vorausgesetzt, dass auch der provisorische Schienenstrang zum Transport von Personen oder Gütern dienen soll. Darum hat das R.O.H.G. und das R.G., wie bereits angeführt, mit Recht sog. Arbeitsbahnen den Bestimmungen des § 1 des R.H.G. unterworfen.

Vor Beantwortung der Frage: welcher Unfall ein Eisenbahnunfall ist, muss noch auf einen thatsächlichen Unterschied hingewiesen werden. Bald dient der Raum der Eisenbahn ausschliesslich deren Zwecken, er ist absolut Eisenbahn-Raum, so namentlich bei Lokomotivbahnen — vorbehältlich einiger nicht sehr erheblicher Ausnahmen z. B. Privatwohnungen in Stationsgebäuden und in Wärterhäusern, Wegeübergänge, Sekundärbahnen auf Chausseeen —, bald dient er den Zwecken der Eisenbahn und sonstigen Zwecken, so namentlich bei Pferdeeisenbahnen und sog. Trambahnen auf öffentlichen Strassen. Nicht jeder Unfall auf einem Raum, der nur relativ ein Eisenbahnraum ist, ist ein Eisenbahnunfall; hier genügt nicht die räumliche Beziehung zur Eisenbahn, es muss vielmehr der Unfall mit dem Eisenbahnverkehr in Verbindung stehen. Mit dieser Unterscheidung sind aber alle Körperverletzungen eines Menschen Eisenbahnunfälle, die sich entweder auf dem Raume der Eisenbahn oder von demselben aus ereignen. Auf dem Raume der Eisenbahn z. B. Unfälle beim Zusammenstoss, beim Rangiren von Fahrzeugen, beim Einsteigen oder Aussteigen der Passagiere aus den Wagen, beim Verweilen in den Geschäftsräumen und Wartesälen der Eisenbahn, beim Einladen oder Ausladen der Güter, bei der Reparatur von Immobilien oder Mobilien auf dem Raume der Eisenbahn. Von dem Raume der Eisenbahn aus z. B. Unfälle beim Einsturz eines Viadukts, einer Eisenbahnbrücke, eines Bahndammes, beim Herabstürzen eines Zuges oder eines einzelnen Fahrzeuges von dem Eisenbahnkörper.

3. Nicht jeder Eisenbahnunfall macht den Unternehmer haftpflichtig; der Eisenbahnunfall muss ein **Betriebsunfall** sein; er muss sich **„bei dem Betriebe“** der Eisenbahn ereignet haben. Daher haftet der Betriebsunternehmer aus § 1 des Haftpflichtgesetzes nicht für Unfälle auf dem Raum der Eisenbahn oder von demselben aus, die mit dem Betriebe in keinem Zusammenhange stehen. Würde z. B. ein Viadukt, eine Eisenbahnbrücke in Folge eines Sturmes oder andern Naturereignisses oder auch in Folge ihrer mangelhaften Anlage einstürzen, ohne dass ein Betriebsereigniss hierbei mitgewirkt hätte, so würde die Haftpflicht des § 1 keine Anwendung finden. Was versteht das Gesetz unter **Betrieb** der Eisenbahn? worin besteht die Verbindung des Unfalles mit dem Betriebe, welcher Unfall gilt als **bei dem Betriebe** der Eisenbahn geschehen?

Das Wort Betrieb ist gleich dem Worte Eisenbahn ein mehrdeutiges. Sämmtliche Handlungen, deren Gesammtheit das Eisenbahngewerbe ausmacht, gehören zum **Betriebe** der Eisenbahn im weiteren Sinne. So die Anschaffung der Fahrzeuge und Materialien, die Reparatur der Fahrzeuge, die Bereitstellung derselben zur Fahrt, die Bewegung der Fahrzeuge, Einladen und Ausladen der Güter, Anstellung und Instruktion des Fahrpersonals, Beaufsichtigung des Bahnkörpers, Reparaturen an demselben, Bedienung der Züge, Stellen der Weichen und Signale, Oeffnen und Schliessen der Barrieren.

In diesem weiten Sinne wird das Wort Betrieb auch von der Reichsgesetzgebung benutzt. „Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum **Betriebe** seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen" (H.G.B. Art. 273).

Indessen hat das Wort „Betrieb" im § 1 des R H.G. eine engere Bedeutung. Es ist hervorgegangen aus dem Ausdruck Beförderung im § 25 des preussischen Gesetzes vom 3. November 1838, welcher die Eisenbahngesellschaft für allen „bei der Beförderung" entstandenen Schaden haftbar macht. In den Motiven des Bundesrathes ist zur Erläuterung des Ausdrucks Betrieb bemerkt: „Bei der vorgeschlagenen Formulirung ist angenommen, dass sie keine irgend erhebliche Ausdehnung der Haftpflicht der Eisenbahnen über diejenigen Grenzen hinaus herbeiführt, welche bisher in dieser Beziehung die preussische Rechtsprechung und namentlich das königliche Obertribunal festgestellt hat, indem keineswegs zu besorgen ist, dass bei der Anwendung des Wortes „Betrieb" die Haftpflicht des § 1 auf Unfälle bei Bauten, bei dem Betriebe von Maschinenwerkstätten und ähnlichen Anlagen übertragen werden könne."[16]) Gegen diese Erläuterung ist bei den Reichstagsverhandlungen kein Widerspruch, wenigstens kein prinzipieller Widerspruch erhoben. Der Abgeordnete Lasker, Berichterstatter der sog. freien Kommission des Reichstages, betonte, „dass unter dem Ausdrucke „bei dem Betriebe" nur zu verstehen ist der wirkliche Betrieb der Eisenbahnen nach ihrer Hauptfunktion. d. h. nach der Beförderung von Menschen und Gütern mit allen Vorbereitungen, die dazu gehören, also mit dem Rangiren der Wagen, mit dem Stellen der Weichen und mit dem Aufenthalt der Passagiere auf dem Eisenbahnperron zur Abreise, kurz und gut: alle diejenigen Betriebszweige, welche in Verbindung zu bringen sind mit der Hauptaufgabe der Eisenbahnen, sollen ausgedrückt werden durch das Wort „bei dem Betriebe;"[17]) im Gegensatz namentlich zu der Thätigkeit in den Fabrikanlagen der Eisenbahn, deren Ersatzpflicht durch § 2 des Haftpflichtgesetzes regulirt werde. Auch der Abgeordnete Dr. Schwarze[18]) brachte den Ausdruck Betrieb, dem er eine umfassende Bedeutung, eine viel weiter gehende Bedeutung als dem Ausdrucke „Beförderung" im preussischen Eisenbahngesetze vindizirte, mit dem Transportgewerbe der Eisenbahn in Zusammenhang, die Eisenbahn hafte „für jeden Zufall, der mit

[16]) St.B. von 1871 Bd. 3 S. 71.
[17]) St.B. von 1871 Bd. 1 S. 441.
[18]) St.B. von 1871 Bd. 1 S. 208 u. S. 444 u. 445.

den Ausführungshandlungen des Betriebes in unmittelbarem Zusammenhang steht," ebenso für Delikte der Eisenbahnbeamten, „soweit sie sich auf den Betrieb selber beziehen." Der preussische Bundesbevollmächtigte hat diesen Ausführungen ausdrücklich zugestimmt; er erklärte weiter, „dass .... von denjenigen Unfällen in § 1 die Rede ist, die entstehen bei der Vorbereitung, der Durchführung und dem Abschlusse des erwähnten Betriebes" (nämlich des Transportbetriebes auf dem Bahnkörper mit seinen Schienen).[19])

Diese Entstehungsgeschichte des § 1 beweist, dass der Ausdruck „Betrieb" im § 1 des Haftpflichtgesetzes nach der Absicht des Gesetzgebers nicht den gesammten Bahnbetrieb, also nicht sämmtliche Handlungen, deren Inbegriff das Eisenbahngewerbe ausmacht, umfassen soll. Nur das eigentliche Eisenbahngewerbe, die Hauptfunktion der Eisenbahn, die Beförderung von Menschen und Gütern nebst Allem was damit in Verbindung steht, was zu deren Vorbereitung, Durchführung und Abschluss dient, hat getroffen werden sollen. Daher erstreckt sich § 1 nicht auf Unfälle bei den eine selbständige Bedeutung habenden Nebengewerben, die häufig mit dem Eisenbahngewerbe verbunden sind, namentlich nicht auf Unfälle in den Maschinenwerkstätten.[20]) Daher erstreckt sich das Gesetz nicht auf Unfälle bei Eisenbahnbauten, weder auf den ursprünglichen Eisenbahnbau, noch auf Erweiterungs- und Reparaturbauten;[21]) daher fallen Unfälle bei Arbeiten auf dem Bahnkörper z. B. beim Legen neuer Schienen und Schwellen, bei der Reparatur des Bahnkörpers nicht unter das Gesetz, ausser soweit sie mit dem Eisenbahntransport in Verbindung stehen; daher bleiben die Unfälle in den Gebäuden und Wagen der Eisenbahn von dem Gesetze unberührt, soweit die Verbindung mit dem Transportgewerbe der Eisenbahn fehlt z. B. Verletzungen der Passagiere untereinander, Verletzungen durch Herabfallen von Decken und Kronleuchtern in Wartesälen oder durch andere mit dem Transportgewerbe der Eisenbahn in keiner Verbindung stehende Ereignisse. Aber andererseits umfasst der Ausdruck „Betrieb" auch das ganze Transportgewerbe der Eisenbahn, — also zunächst alle Handlungen, welche dieses Gewerbe recht eigentlich ausmachen, Annahme der Frachtgüter, Verladung derselben in die Waggons, Einsteigen der Passagiere in die Wagen, die Bewegung der Eisenbahnzüge und alle Betriebsereignisse während der Bewegung, Aussteigen der Passagiere, Abladen und Auslieferung der Frachtgüter —, weiter alle diejenigen Handlungen, welche die Ausübung des Transportgewerbes vorbereiten, ermöglichen und unterstützen z. B. das Heizen und Putzen der Lokomotiven zum Fahrbetrieb, das Wenden von Lokomotiven und Wagen auf Drehscheiben zum Fahrbetrieb, das Rangiren der Züge und deren Fertigstellung zur Abfahrt, das Stellen der Weichen, das Geben der Signale, das Schliessen und Oeffnen der Barrieren. Ob der Transport im sog. inneren Dienst der Eisenbahn geschieht, oder die Beförderung von Frachtgütern oder Passagieren bezweckt,

---

[19]) St.B. von 1871 Bd. 1 S. 450 u. 451.
[20]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 235, Bd. 13 S. 81.
[21]) R.O.H.G. Bd. 13 S. 83.

macht keinen Unterschied; auch sog. Arbeitszüge, die Versendung von Arbeits- und Baumaterial auf dem Schienenwege, die Versendung von Lokomotiven und Wagen gehört zum Transportgewerbe. Daher findet § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes namentlich Anwendung, wenn und soweit der Betriebsunternehmer sich des eigenen Schienenweges zur Beförderung von Gütern und Sachen zu Eisenbahnbauten, zu Reparaturen auf dem Bahnkörper oder zur Beförderung von Fahrzeugen und Materialien in die Lokomotiv- und Wagenschuppen und in die Werkstätten bedient.

Es liegt nahe, nach einer Formel zu suchen, welche den haftpflichtigen und nichthaftpflichtigen Betrieb der Eisenbahn von einander sondert. Man sieht dieses Bestreben in den Motiven des Bundesrathes; der Ausdruck in dem preussischen Gesetze: „Beförderung auf der Bahn" war zu eng, weil er nur einen Theil des Transportgewerbes, nämlich die Transportbewegung, umfasste, der Ausdruck „Betrieb einer Eisenbahn" war zu weit, weil er den gesammten Bahnbetrieb bezeichnete, aber ein zutreffender Ausdruck war nicht zur Hand, darum wurde der Ausdruck „Betrieb einer Eisenbahn" zwar gebraucht, aber ihm gleichzeitig in den Motiven gleichsam ein Protest gegen seine umfassende Anwendung beigefügt. In den Reichstagsverhandlungen wurde die Vieldeutigkeit des Ausdruckes „Betrieb" mit Recht gerügt, aber auch der Reichstag acceptirte den Ausdruck unter Beifügung von Erläuterungen, welche bewirkten, dass ein Verbesserungsantrag zur näheren Bezeichnung des haftpflichtigen Betriebes („bei der Beförderung auf einer Eisenbahn oder durch deren Lokomotiven und Wagen auf dem Fahrgeleise der Bahn"), der gewiss an noch grösseren Mängeln litt, zurückgezogen wurde.[22]) Vielleicht wird der Ausdruck „Betrieb" am besten umschrieben durch den Ausdruck „Transportverkehr", oder noch einfacher „Verkehr".[23]) Alle Unfälle, welche den Unternehmer nach § 1 haftpflichtig machen, sind Verkehrsunfälle, d. h. sie stehen mit dem Verkehr der Eisenbahn in Verbindung, indem sie diesen vorbereiten, durchführen oder abschliessen. Ereignisse ausserhalb des Verkehrs der Eisenbahn, Bau, Reparatur der Eisenbahn und der Fahrzeuge, Arbeiten in Maschinenwerkstätten und anderen Anlagen der Eisenbahn, begründen daher nicht die besondere Haftpflicht des § 1.

Der Unfall muss sich begeben haben **bei** dem Betriebe der Eisenbahn, um deren Unternehmer haftpflichtig zu machen. Das Wort „bei" bezeichnet die Verbindung zwischen Unfall und Betrieb. Auch dieses Wort kann als ein glücklich gewähltes nicht bezeichnet werden. Würde es nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch interpretirt, so würde eine äussere, eine zeitliche Verbindung zwischen Unfall und Betrieb ausreichen. Der Passagier, welcher von einem anderen Passagier im Eisenbahnwagen während der Fahrt getödtet ist, der

---

[22]) St.B. von 1871 I S. 441 u. 458.

[23]) Vgl. das österreichische Haftpflichtgesetz vom 5. März 1869 § 1: „Wenn durch eine Ereignung im Verkehr einer mit Anwendung von Dampfkraft betriebenen Eisenbahn die körperliche Verletzung oder die Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird."

Passagier, der sich während der Fahrt eine Krankheit zugezogen hat, ist bei dem Betriebe der Eisenbahn getödtet und bez. verletzt. Nun ist aber diese äussere, diese zeitliche Verbindung zwischen Unfall und Betrieb nach der Absicht des Gesetzgebers offenbar nicht ausreichend; es muss eine innere Verbindung, ein Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Betrieb bestanden, der Betrieb muss den Unfall herbeigeführt haben, der Unfall muss durch ein Ereigniss im Eisenbahnverkehr veranlasst sein. Hierüber besteht Einverständniss in Theorie und Praxis und ist daher eine weitere Ausführung schwerlich erforderlich.[24])

4. Vorstehend sind der Reihe nach die einzelnen Voraussetzungen untersucht, von deren Zusammentreffen das Gesetz die Haftpflicht des Eisenbahnbetriebsunternehmers abhängig macht. Sie lassen sich dahin zusammenfassen: ein Mensch muss durch ein Ereigniss im Verkehr einer Eisenbahn getödtet oder körperlich verletzt sein. Aus dem Wortlaut des Gesetzes: „Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird" — lassen sich weitere Voraussetzungen nicht entnehmen. Allerdings hat die Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers ihren Grund in den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes für Leben und Gesundheit; ohne diese besonderen Gefahren würde das Gesetz nicht erlassen sein; es will gegen dieselben wirksamen Rechtsschutz gewähren und namentlich auch die Unternehmer veranlassen, alle nöthigen Vorkehrungen gegen Verletzungen von Leben und Gesundheit zu treffen, um der Haftpflicht zu entgehen. Allein diese ratio des Gesetzes berechtigt schwerlich — nach theoretischer Betrachtung —, in dasselbe Unterscheidungen hineinzutragen, die seinem Wortlaut völlig fremd sind, zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Eisenbahnunternehmungen und einige derselben wegen minderer Gefährlichkeit von dem Gesetze zu eximiren oder zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Verkehrszweigen der Eisenbahn und einige derselben von der Wirksamkeit des Gesetzes auszunehmen, weil bei ihnen besondere dem Eisenbahnverkehr eigenthümliche Gefahren nicht hervortreten. Theoretisch steht die Sache völlig gleich bei Eisenbahnen einerseits, bei Bergwerken (nebst Steinbrüchen und Gruben) und Fabriken andererseits. Weil das Gesetz nicht unterscheidet zwischen gefährlichen und nicht gefährlichen Bergwerken und Fabriken, weil

---

[24]) Was in den Reichstagsverhandlungen zur Begründung des Wortes „bei" dem Betriebe bemerkt wurde, ist gewiss nicht zutreffend. Der Abgeordnete Dr. Schwarze verwies auf folgenden in den Reichstagsverhandlungen häufiger wiederkehrenden Fall: Jemand auf dem Perron wird durch die Explosion des Kessels einer ruhig dastehenden Lokomotive verletzt; dann sei er zwar verletzt bei dem Betriebe aber nicht durch den Betrieb, da eine Betriebshandlung im Augenblick des Unfalls nicht Statt gefunden habe. Das Beispiel beruht auf einer Reminiszenz des preussischen Eisenbahngesetzes; darüber lässt sich allerdings streiten, ob die Verletzung durch die Beförderung auf der Bahn Statt gefunden habe, weil im Augenblicke der Verletzung die Fahrzeuge ruhten, darüber kann aber kein Zweifel sein, dass die Verletzung nicht allein bei, sondern durch den Betrieb sich zugetragen hat, da auch die vor dem Zuge still stehende Lokomotive sich im Betriebe der Eisenbahn befindet. Nicht allein die Bewegung der Fahrzeuge, sondern alle Handlungen, welche diese Bewegung unmittelbar vorbereiten, gehören unzweifelhaft zum Betriebe. St.B. von 1871 Bd. 1 S. 445.

das Gesetz keinen Unterschied macht bei den verschiedenen Zweigen des Bergwerks- und des Fabrikbetriebes, darf der Richter auch keinen Unterschied machen. Aber das Reichsoberhandelsgericht hat in langer konstanter Praxis[25]) den § 1 des Haftpflichtgesetzes mit Rücksicht auf die Absicht des Gesetzgebers und im Hinblick auf seine Entstehungsgeschichte (der Ausdruck „Betrieb" soll keine erhebliche Ausdehnung des Ausdrucks „Beförderung" im preussischen Eisenbahngesetze enthalten) auf diejenigen Betriebsunfälle beschränkt, welche mit den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes in unmittelbarer oder mittelbarer Verbindung stehen, und das Reichsgericht hat diese Praxis fortgesetzt.[26]) Es wäre ebenso nutzlos wie thöricht, dieser langen Praxis noch Widerspruch entgegenzusetzen; denn die endgültige Auslegung des Haftpflichtgesetzes ist dem Reichsoberhandelsgericht, jetzt dem Reichsgericht anvertraut und dieses wird sich an die zahleichen übereinstimmenden Präjudikate gebunden erachten. Nach der konstanten Praxis der endgültig entscheidenden Gerichtshöfe muss daher der Betriebsunfall ein besonders qualifizirter sein, um die Haftpflicht des § 1 hervorzurufen; er muss mit den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes im Zusammenhang stehen.

Worin bestehen die besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes? Fallen darunter nur diejenigen Gefahren, welche allein und ausschliesslich beim Eisenbahngewerbe vorkommen können und anderen Gewerben, namentlich anderen Transportgewerben fremd sind? Das ist allerdings behauptet,[27]) aber gewiss mit Unrecht. Jedermann weiss, dass die Gefahren des Eisenbahnbetriebes vorzugsweise in dem Zusammenstoss von Fahrzeugen bestehen, dass aber diese Gefahren dem Eisenbahngewerbe nicht eigenthümlich sind, dass vielmehr bei anderen Transportgewerben, namentlich bei der Schifffahrt aus dem Zusammenstoss von Fahrzeugen noch grössere und grässlichere Unglücksfälle entstehen können, als beim Zusammenstoss von Eisenbahnfahrzeugen. Soll man nun sagen: der Zusammenstoss von Eisenbahnfahrzeugen begründet nicht die Haftpflicht des § 1, weil es sich nicht um eine dem Eisenbahnbetrieb eigenthümliche Gefahr handelt? Das wäre absurd. Der Gegensatz muss daher in anderer Weise formulirt werden; unter den besonderen, den eigenthümlichen Gefahren des Eisenbahnbetriebes sind nur ausserordentliche ungewöhnliche Gefahren zu verstehen.

Eine erschöpfende Darstellung dieser Gefahren ist nicht möglich. Bei jedem einzelnen Betriebsunfall ist zu untersuchen, ob er mit besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes in Verbindung steht. An dieser Verbindung wird z. B. nicht zu zweifeln sein, wenn er veranlasst ist durch die Anwendung der Dampfkraft, durch die grosse Schwere und doch leichte Beweglichkeit oder sonstige gefährliche Beschaffenheit der Eisenbahnfahrzeuge, durch andere gefährliche Werkzeuge des Eisenbahnbetriebes, durch die darin gebotene Eile und Pünkt-

---

[25]) Z. B. R.O.H.G. Bd. 12 S. 235, Bd. 14 S. 425, Bd. 19 S. 118, Bd. 21 S. 9, Bd. 25 S. 102.

[26]) R.G. Bd. 1 S. 253, Bd. 2 S. 8, Bd. 3 S. 20.

[27]) Eger, Kommentar S. 10 ff.

lichkeit, durch das Gebundensein der Personen in den Eisenbahnzügen an einen bestimmten Raum und die Unmöglichkeit, einer auf diesem Raume drohenden Gefahr auszuweichen.[28]) Auf der andern Seite darf man einige Eisenbahnunternehmungen und einige Betriebszweige der Eisenbahn relativ ungefährlich nennen und daraus folgern, dass § 1 des Haftpflichtgesetzes bei ihnen nur unter besondern Voraussetzungen Anwendung findet. So die Eisenbahnen in Bergwerken, kleinere Eisenbahnen in gewerblichen Etablissements, kleinere Arbeitsbahnen, noch nicht dem Verkehr übergebene Eisenbahnen. Wird bei ihnen keine Dampfkraft angewendet, haben die bei ihnen verwendeten Fahrzeuge nicht die Schwere und andere gefährliche Beschaffenheit der gewöhnlichen Eisenbahnfahrzeuge, treten bei ihrem Betriebe überhaupt keine ausserordentliche ungewöhnliche Gefahren hervor, können sie daher in Ansehung ihrer Gefährlichkeit nicht mit den gewöhnlichen Eisenbahnen in Parallele gestellt werden, so wird § 1 des Haftpflichtgesetzes keine Anwendung finden. So weiter die Annahme und Auslieferung der Frachtgüter, die Manipulationen mit denselben in den Güterböden, die Beladung und Entladung stillstehender Eisenbahnwagen, die Bedienung der Signalstangen,[29]) das Oeffnen und Schliessen der Barrieren; alle diese Handlungen werden in der Regel mit besonderen ungewöhnlichen Gefahren nicht verknüpft sein und wird darum § 1 des Haftpflichtgesetzes in der Regel auf sie keine Anwendung finden.

Die Beweislast ist hier, wie bei sämmtlichen Voraussetzungen der Haftpflicht, bei dem Kläger; aber ihr wird schon dadurch genügt, dass er Umstände darthut, woraus die Verbindung des Unfalles mit den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes zu folgern ist, ohne verpflichtet zu sein, im Einzelnen die Entstehung des Unfalles, und die besondere Betriebsgefahr, welche ihn veranlasst hat, darzulegen.[30]) Freie richterliche Ueberzeugung hat ja schon nach dem

---

[28]) Vgl. die mehrfach (z. B. Eger S. 16 ff.) beanstandete, aber m. E. richtige Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 12 S. 162. Ein auf dem Wagen sitzender Schaffner war bei der Einfahrt in eine Station durch das Herabstürzen einer mangelhaft befestigt gewesenen Zinkplatte von dem Empfangsgebäude verletzt und forderte Schadensersatz. Derselbe wurde mit Recht zugebilligt, weil die Verletzung unzweifelhaft bei der Beförderung auf der Bahn (§ 25 des preussischen Gesetzes vom 3. Novbr. 1838) geschehen war, und zwar in Folge der besonderen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes, welche es dem Schaffner unmöglich machte, einer auf dem ihm angewiesenen Platze drohenden Gefahr auszuweichen. Dass die mangelhaft befestigte Zinkplatte von einem Gebäude der haftpflichtigen Eisenbahn herabstürzte, war nur insofern von Belang, als dadurch die Einrede der höheren Gewalt abgeschnitten wurde.

[29]) R.G. Bd. 1 S. 52 u. Bd. 2 S. 85.

[30]) Das R.O.H.G. Entsch. Bd. 21 S. 9 ff. erachtet schon die Möglichkeit eines Zusammenhanges des Unfalles mit der dem Eisenbahnbetriebe eigenthümlichen besonderen Gefährlichkeit für ausreichend, wobei es mit Recht hervorhebt, dass das Verlangen, der Kläger solle angeben und beweisen, auf welche bestimmte mit dem Betriebe verbundene Gefahr der einzelne Unfall in höherem oder geringerem Maasse zurückzuführen sei, die Eisenbahnverwaltung von dem ihr obliegenden Beweise der höheren Gewalt oder des eigenen Verschuldens des Verletzten befreien würde, daher mit dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes in Widerspruch stehe.

Haftpflichtgesetze darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Haftpflicht vorhanden sind.

Hiernach sind unter Eisenbahnbetriebsunfall sämmtliche Körperverletzungen und Tödtungen eines Menschen auf dem Raume einer Eisenbahn oder von demselben aus zu verstehen, vorausgesetzt, dass sie durch ein Ereigniss im Verkehr der Eisenbahn herbeigeführt sind, und weiter vorausgesetzt, dass dieses Ereigniss mit den besonderen Gefahren des Eisenbahnverkehrs in Verbindung steht.

Es erübrigt eine kurze Angabe und Beleuchtung der wichtigeren abweichenden Meinungen.

Franz, Kommentar S. 3 ff. bringt den Begriff „Betrieb einer Eisenbahn" in Verbindung mit den vom Staate erlassenen Eisenbahnpolizeireglements. Alle Handlungen und Ereignisse, welche durch diese Reglements geordnet oder berührt werden, machten den Betrieb der Eisenbahn aus. Nun ist allerdings in den Reichstagsverhandlungen gelegentlich von den polizeilichen Eisenbahnreglements [31]) die Rede gewesen, und die Ansicht ausgesprochen, dass diejenigen Eisenbahnunternehmungen, welche denselben unterständen, auch von dem § 1 des Haftpflichtgesetzes getroffen würden; auch wird in dem auf § 25 des preussischen Gesetzes vom 3. November 1838 sich beziehenden Urtheil des R.O.H.G. Bd. 12 S. 10 die Bahnpolizei das Korrelat der Haftpflicht genannt; allein es ist nirgends gesagt, dass der Inhalt der Eisenbahnreglements für den Umfang des Betriebs maassgebend sei, und es liegt auf der Hand, dass es nicht die Absicht des Gesetzgebers hat sein können, die Ausdehnung, ja die Wirksamkeit des Gesetzes von dem Bestehen und Inhalt der Bahnpolizeireglements abhängig zu machen.

Eger, Kommentar S. 11 ff. versteht unter Betrieb im Sinne des § 1 „nur den Inbegriff derjenigen Funktionen des Eisenbahngewerbes, welche demselben die ihm eigenthümliche Gefährlichkeit verleihen; unter Verletzungen bei dem Betriebe daher nur solche, welche mit derartigen Funktionen in kausalem Zusammenhange stehen." Auf diese Definition passt der Vorwurf, den er einem anderen Kommentator macht (S. 40) „sie ist offenbar so gut wie gar keine". Denn die Zurückführung des Eisenbahnbetriebes auf die Funktionen des Eisenbahngewerbes ist eine Erklärung von idem per idem; es bleibt die Frage: was ist unter Eisenbahnbetrieb oder unter Funktionen des Eisenbahngewerbes zu verstehen, wo beginnen, wo enden die Funktionen des Eisenbahngewerbes? Das wird richtig beantwortet in den Motiven des Bundesrathes, in den Reden namentlich der Abgeordneten Lasker und Dr. Schwarze und des preussischen Bundesbevollmächtigten, deren Ausführungen aber Eger ohne zutreffenden Grund als unzureichend zurückweist. Dann wird eine besondere Qualität des Eisenbahnbetriebes hervorgehoben, die nach den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts allerdings zur Anwendbarkeit des § 1 erforderlich ist, die aber nicht aus dem Begriffe des Eisenbahnbetriebes, sondern nur aus der Absicht und der

---

[31]) Stenographische Berichte von 1871 I S. 451.

Geschichte des Gesetzes konstruirt werden kann. Ueberdies werden aus dem Ausdruck „eigenthümliche Gefährlichkeit“ zu weit gehende und daher unrichtige Konsequenzen gezogen (vgl. S. 637).

§ 379.

B. Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers.

I. **Rechtliche Natur.** Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers wird von dem Gesetze an die vorstehend untersuchten Voraussetzungen — Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen bei dem Betriebe einer Eisenbahn —, aber auch lediglich an diese Voraussetzungen geknüpft. Namentlich ist nicht erforderlich, dass der Unfall die Verletzung eines bestehenden Vertrages enthält. Liegt darin zugleich eine Vertragsverletzung, ist etwa der Betriebsunternehmer dem Verletzten aus dem Dienst- (Anstellungs-) oder einem Transportvertrage zu Schadensersatz verpflichtet, so konkurriren zwei Obligationen, die eine aus dem Haftpflichtgesetz, die andere aus dem Vertrage. Das Verhältniss dieser beiden Obligationen richtet sich nach den Grundsätzen über Klagenkonkurrenz; soweit der Verletzte aus der einen Obligation Schadensersatz erhalten hat, kann er sie aus der anderen Obligation nicht mehr beanspruchen. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur (lex 57 Dig. 50, 17). Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantumdem aut minus, nil consequatur (lex 41 § 1 Dig. 44, 7).[1] Weil die Obligation aus § 1 des R.H.G. von dem Bestehen eines Vertrages völlig unabhängig ist, kann sie nicht als eine Vertragsobligation bezeichnet werden. Sie ist aber auch keine Deliktsobligation. Zwar wird in den Motiven des Bundesrathes der Schwerpunkt des § 25 des preussischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 darin gefunden, „dass im Schadensfalle ein Verschulden des Betriebs präsumirt wird,“ zwar wird in diesen Motiven und in den Reichstagsverhandlungen wiederholt hervorgehoben, dass ernste Unfälle im Eisenbahnverkehr sich durch Sorgfalt im Betriebe in der Regel vermeiden lassen,[2] zwar ist auch in der dem Reichsgesetze vorausgegangenen Literatur[3] und in verwandten fremden Gesetzen[4] der Gesichtspunkt eines präsumtiven Verschuldens der Eisenbahnverwaltung bei Eisenbahnunfällen betont oder doch angedeutet, — aber in der Bestimmung des Gesetzes hat dieser Gedanke keinen Ausdruck gefunden, vielmehr haftet der Unternehmer ganz unabhängig von eigenem Verschulden, ganz unabhängig von dem Verschulden seiner Angestellten, ja er wird nicht frei durch den Nachweis, dass der Unfall ohne alles Verschulden seinerseits

---

[1]) Vgl. über diese Stelle Savigny, System, Bd. 5 § 233.

[2]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3 S. 70, Bd. 1 S. 206, 212.

[3]) Vgl. z. B. Lehmann, S. 29 ff.

[4]) z. B. österreichisches Haftpflichtgesetz vom 5. März 1869 § 1 — „so wird stets vermuthet, dass die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung . . . . . eingetreten sei . . . .“, vgl. auch: schweizerisches Haftpflichtgesetz vom 1. Juli 1875 Art. 2.

durch Zufall herbeigeführt sei, nur durch den Nachweis höherer Gewalt oder eigener Verschuldung des Verletzten vermag er sich zu liberiren. Somit ist die Obligation des § 1 lediglich an den **Zustand des Betriebs einer Eisenbahn** geknüpft; wer eine Eisenbahn betreibt, ist nach dem Gesetze für die bei diesem Betriebe entstehenden Unfälle haftpflichtig. Es liegt nahe, an diese Haftung den Gesichtspunkt der Versicherung anzulegen[5]) und zu sagen: Der Unternehmer einer Eisenbahn versichert nach dem Gesetze seinen Angestellten, Passagieren und dritten Personen, die mit dem Eisenbahnverkehr in Berührung kommen, Leben und Gesundheit gegen Gefahren seines Betriebes. Gewiss ist hiermit der volkswirthschaftliche und der rechtspolitische Gedanke des Gesetzes richtig angedeutet: das in der Regel lukrative Eisenbahnunternehmen erzeugt grosse Gefahren für Leben und Gesundheit der Betheiligten, diese Gefahren sollen dem Unternehmer zur Last fallen, gleichsam als Gegenleistung dafür, dass ihm der Betrieb des gefährlichen Unternehmens gestattet wird, wer bei dem Betriebe einer Eisenbahn verletzt ist, mag sich an den Betriebsunternehmer halten, wie wenn dieser Schadloshaltung versprochen hätte; aber mit dem Gedanken der Assekuranz steht die Liberirung des Betriebsunternehmers durch höhere Gewalt und die Beschränkung des Schadensersatzes auf bestimmte Schadensfolgen nicht recht in Einklang, und es ist dieser Gedanke für die Auslegung und Anwendung des Gesetzes unbrauchbar, weil das Gesetz keinen Versicherungsvertrag fingirt, vielmehr ohne diese Fiktion einfach an den Zustand des Betriebes die Obligation anknüpft, in ganz ähnlicher Weise wie auch an sonstige Zustände, z. B. Verwandtschaft, Gemeinschaft, Bergwerksbetrieb, Zwangsenteignung vom Gesetze Obligationen angeschlossen werden. Mit Recht wird daher ganz überwiegend von Theorie[6]) und Praxis[7]) die Obligation aus § 1 des Haftpflichtgesetzes (ebenso die korrespondirende Obligation aus § 25 des preussischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838) eine obligatio ex lege genannt.

II. Der **Inhalt dieser Obligation** wird vom Gesetze dahin formulirt:

„so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden.“

Auch die Untersuchung der in diesen Worten enthaltenen Bestimmung zerlegt sich in drei Theile:

1. wer ist Betriebsunternehmer?
2. in welcher Verbindung muss der Unfall mit dem Schaden stehen?
3. in welcher Art haftet der Unternehmer?

1. **Wer ist Betriebsunternehmer?** Der Ausdruck Betriebsunternehmer findet sich in den §§ 1 und 4 des Gesetzes, der Ausdruck Unternehmer, welcher offenbar gleichbedeutend gemeint ist, in den §§ 5 und 9. Im § 2 fehlt der Ausdruck Betriebsunternehmer oder Unternehmer, er wird dahin umschrieben: wer ein Bergwerk, einen Steinbruch u. s. w. betreibt. In den Motiven des

---

[5]) Vgl. Endemann, Kommentar S. 10 u. 24, dagegen Römer in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 18 S. 18, von Bar in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 84.

[6]) Z. B. Eger, Kommentar S. 3 u. 4, S. 69 ff.

[7]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 78, Bd. 13 S. 68, Bd. 21 S. 279 u. 363.

Gesetzes werden die haftpflichtigen Personen durch die Ausdrücke Betriebsunternehmer, Werkbesitzer, Inhaber der fraglichen Anlagen bezeichnet; alle diese Ausdrücke werden synonym gebraucht; der Ausdruck Eigenthümer ist vermieden.

Betriebsunternehmer ist, wie der Ausdruck besagt und der § 2 des Gesetzes bestätigt, wer das betreffende Unternehmen betreibt. Im § 1 des Gesetzes handelt es sich um eine dem Eisenbahnverkehr auferlegte Obligation, Betriebsunternehmer ist derjenige, dessen Unternehmen die Beförderung von Personen oder Gütern auf der Eisenbahn ist. Aus dem angeführten Gesetze haftet derjenige, bei dessen Betriebe der Unfall sich ereignet hat.

Der Normalfall beim Eisenbahnbetriebe ist: eine und dieselbe Person, mag sie nun eine physische Person, eine Aktiengesellschaft oder der Fiskus sein, betreibt ausschliesslich den Transport auf der Eisenbahn. Alsdann ist, nach dem zutreffenden Ausdrucke Endemanns,[8]) die Haftpflicht territorial abgegrenzt; jede Eisenbahnverwaltung haftet für die Betriebsunfälle auf der von ihr betriebenen Bahnstrecke. In diesem Falle hat die Anwendung des Begriffes Betriebsunternehmer keine Schwierigkeiten; Zweifel entstehen nur dann, wenn mehrere Personen an dem Betriebe auf derjenigen Strecke, wo sich ein Unfall begeben hat, betheiligt sind. Bei den Berathungen im Bundesrathe und Reichstage scheint der doch häufige Fall des gemeinschaftlichen Betriebes einer Bahnstrecke, einer Fabrik oder einer anderen haftpflichtigen Anlage durch mehrere Unternehmer keine besondere Berücksichtigung gefunden zu haben; um die in einem solchen Fall entstehenden Zweifel lösen zu können, ist ein näheres Eingehen auf den Begriff Unternehmer geboten.

Der Kaufmanns- und der Unternehmerbegriff können mit einander in Parallele gestellt werden. Als Kaufmann gilt, „wer gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt“ (H.G.B. Art. 4), Betriebsunternehmer bei einer Eisenbahn ist, wer den Transport auf derselben betreibt. — Beiden Begriffen gemeinsam ist das Moment des Betriebes. Dieser besteht in einer häufiger wiederkehrenden, über einige Zeit sich verbreitenden Ausübung des Unternehmens; wer einmal, wenige Male, gelegentlich Handelsgeschäfte abschliesst, betreibt keinen Handel, wer einmal, wenige Male, gelegentlich den Transport übernimmt, betreibt keinen Transport. Daher macht die einmalige, die gelegentliche Ausübung des Eisenbahntransports denjenigen, dem die Befugniss dazu ertheilt ist, noch nicht zum Betriebsunternehmer; hat die eine Eisenbahnverwaltung einer anderen oder einer dritten Person, etwa einem Bauunternehmer bei Erweiterungs- oder Reparaturarbeiten, in der angegebenen Weise die Benutzung ihrer Bahnstrecke verstattet, so ist die letztere noch nicht Betriebsunternehmerin, die Unfälle bei ihren Transporten müssen als im Betriebe der ersteren geschehen gelten, weil der letzteren kein eigener selbständiger Betrieb zusteht.[9]) Anders, wenn mehrere Eisenbahn-

[8]) Kommentar S. 21.

[9]) Vgl. R.G. I S. 279, wo der im Texte hervorgehobene Umstand nicht ganz ausreichend gewürdigt sein dürfte.

verwaltungen sich dauernd zu gemeinschaftlichem Betriebe des Transports auf einem Bahnhofe oder einer anderen Bahnstrecke vereinigt haben; hier sind beide Betriebsunternehmer auf der betreffenden Strecke, ohne Unterschied der Art des Vertrages (Pacht-Societätsvertrag u. s. w.), worauf die dauernde gemeinschaftliche Benutzung beruht. — Uebereinstimmend bei beiden Begriffen ist, dass es nicht auf das Eigenthum des betreffenden Unternehmens ankommt, auch nicht darauf, ob der Betrieb ein befugter oder ein verbotener ist. Kaufmann ist der Pächter, der Niessbraucher eines Handelsgeschäftes, nicht der Eigenthümer, sofern nicht in seinem Namen die Handelsverträge abgeschlossen werden; ebenso ist der Pächter, der Niessbraucher einer Eisenbahn Betriebsunternehmer, nicht dagegen der Eigenthümer, sofern er sich eigenen Betriebes enthält. Wie derjenige Kaufmann ist, welcher normwidrig ein Handelsgewerbe betreibt, ebenso ist derjenige Betriebsunternehmer, welcher normwidrig den Eisenbahntransport betreibt. — Aehnlich aber nicht gleich ist bei beiden Begriffen die Bestimmung der verantwortlichen Person. Kaufmann ist derjenige, in dessen Namen die Handelsgeschäfte abgeschlossen werden, der durch dieselben nach Aussen berechtigt und verpflichtet wird, ohne Unterschied, ob er in eigener Person oder durch Vertreter das Gewerbe betreibt, weiter ohne Unterschied, ob das Resultat des Gewerbebetriebes ihm oder einer anderen Person zu Gute kommt. Bei dem Handelsgewerbe wird daher die verantwortliche Person durch ein einfaches äusseres Moment bestimmt, es kommt nur darauf an, in wessen Namen kontrahirt wird. Das ist etwas anders und nicht ganz so einfach beim Betriebsunternehmer, wegen des vorwiegend volkswirthschaftlichen Begriffes Unternehmer.[10]) Nur derjenige wird Unternehmer genannt, auf dessen Rechnung das Unternehmen geht, nicht derjenige, der seinen Namen dazu hergibt, ohne beim ökonomischen Resultate des Unternehmens betheiligt zu sein. Daher ist bei Bestimmung der nach dem Haftpflichtgesetze verantwortlichen Person die bisweilen schwierige Untersuchung erforderlich, auf wessen Rechnung der Transport betrieben wird. Im Uebrigen besteht Uebereinstimmung; Betriebsunternehmer bei einer Eisenbahn sind nicht diejenigen Personen, welche den Transport thatsächlich besorgen, sondern diejenigen, auf deren Rechnung das geschieht. — Dagegen bestehen Unterschiede einmal im Objekte des Unternehmens und dann in der Gewerbemässigkeit. Objekt des Handelsbetriebes sind Handelsgeschäfte, Objekt des haftpflichtigen Eisenbahnbetriebes ist der Eisenbahntransport, gleichgültig, ob er ein Handelsgeschäft ist oder nicht. Zum Kaufmannsbegriff gehört Gewerbemässigkeit; dagegen ist die Erwerbsabsicht zwar häufig aber nicht nothwendig beim Eisenbahnbetrieb; der Staat, welcher eine Eisenbahn betreibt, um mittelst derselben Materialien zu Festungs-, Kanal- und anderen Bauten zu befördern, ist Betriebsunternehmer auf dieser Bahn.

Hiernach ist Betriebsunternehmer bei einer Eisenbahn derjenige, auf dessen Rechnung das Transportgeschäft auf dieser Bahn geht. Haben sich mehrere Personen zu gemeinschaftlichem Betriebe für gemeinschaftliche Rechnung auf

---

[10]) Roscher, System der Volkswirthschaft Bd. 1 § 195.

einer Bahnstrecke vereinigt, so sind diese mehreren Personen zusammen Betriebsunternehmer. Betreiben mehrere Personen getrennt, ein jeder auf eigene Rechnung, auf **einer** Bahnstrecke den Transport, so ist ein jeder bezüglich seines Transports Betriebsunternehmer.

Es erübrigt, den Begriff des Betriebsunternehmers auf einige Spezialfälle in Anwendung zu bringen.

a. Die Eisenbahnverwaltungen sind der Postverwaltung zu mancherlei Dienstleistungen verpflichtet — vgl. insbesondere Reichsgesetz vom 20. Dezember 1875, Art. 1, 2, 5, 11, R.G.B. S. 318 ff. —; namentlich müssen sie auf Verlangen der Postverwaltung einen von dieser gestellten Postwagen mit jedem für den regelmässigen Beförderungsdienst der Bahn bestimmten Zuge unentgeltlich befördern und im Bedürfnissfall mehrere Postwagen gegen Vergütung zur Beförderung zulassen. Der Transport von Briefen, Zeitungen, Packeten u. s. w. in diesem Wagen geschieht auf Rechnung der Postverwaltung. Ist dieselbe Unternehmerin in Ansehung dieses Betriebes, so dass Unfälle mittelst der Postwagen ihr zur Last fallen? Die Frage ist unbedenklich zu verneinen. Denn die Postverwaltung ist zwar Unternehmerin bezüglich des Posttransportes, nicht aber bezüglich des Eisenbahntransportes, die Postverwaltung bedient sich zu ihren Transporten der Beihülfe der Eisenbahnen, ohne den Betrieb derselben ganz oder theilweise zu übernehmen, aus dem Haftpflichtgesetze aber haftet allein der Betriebsunternehmer der Eisenbahn und der anderen haftpflichtigen Anlagen.[11]) Ganz dasselbe gilt von anderen Personen, die einzelne Wagen oder auch ganze Züge der Eisenbahnverwaltung zum Transport übergeben, ohne Unterschied in wessen Eigenthum die Betriebsmittel (Lokomotiven, Waggons, Lowries) stehen und von wem das Personal, das diese Wagen oder Eisenbahnzüge bedient, angestellt ist.

b. Nach der Reichsverfassung Art. 44 sind die deutschen Eisenbahnverwaltungen, ausser in Bayern, zur Einrichtung direkter Expedition im Personen- und Güterverkehr mittelst durchgehender Züge unter Gestattung des Ueberganges der Transportmittel von der einen Bahn auf die andere gegen die übliche Vergütung verpflichtet. Wer ist Betriebsunternehmer in Ansehung der durchgehenden Züge? Jede Bahnverwaltung für ihre Strecke? Oder diejenige Bahnverwaltung, welche den durchgehenden Zug abgesandt hat, für die ganze

---

[11]) Darum haftet auch die Eisenbahnverwaltung nach Maassgabe des R.H.G. für Tödtungen und Körperverletzungen der im Eisenbahnpostdienst beschädigten Postbeamten. Aus Billigkeitsgründen gewährt indessen in diesem Falle das Gesetz unter Umständen der Eisenbahnverwaltung Regress gegen die Postverwaltung. Art. 8 des angezogenen Gesetzes: „Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein im Dienst befindlicher Postbeamter getödtet oder körperlich verletzt worden ist, und die Eisenbahnverwaltung den nach den Gesetzen ihr obliegenden Schadensersatz dafür geleistet hat, so ist die Postverwaltung verpflichtet, derselben das Geleistete zu ersetzen, falls nicht der Tod oder die Körperverletzung durch ein Verschulden des Eisenbahnbetriebs-Unternehmers oder einer der im Eisenbahnbetrieb verwendeten Personen herbeigeführt ist.“ Uebereinstimmend Eger, Kommentar S. 99 ff.

Strecke? Oder sämmtliche Bahnverwaltungen, deren Bahnen benutzt werden, solidarisch bezüglich der ganzen Fahrt? Die Frage wird je nach Verschiedenheit der Umstände verschieden zu beantworten sein. Liegt die Sache so, wie in der R.V. Art. 44 vorausgesetzt wird: die nachfolgende Bahn übernimmt den Weitertransport des Zuges für ihre Rechnung, sie bedient sich dabei der Betriebsmittel der anderen Bahn gegen Zahlung einer Vergütung, dann ist jede Bahnverwaltung Unternehmerin für ihre Strecke, dann bewendet es bei der Regel, dass die Haftpflicht der Eisenbahnverwaltungen für ihre Bahnstrecke besteht und darauf beschränkt ist. Hat dagegen die Verwaltung der Absendebahn einen Vertrag mit der Verwaltung der nachfolgenden Eisenbahn dahin abgeschlossen, dass ihr die Benutzung dieser Bahnstrecke für die durchgehenden Züge zusteht, ist also der ganze Betrieb bezüglich der durchgehenden Züge ihr Betrieb, dann ist sie allein verantwortlich, hat also für alle Unfälle auf der ganzen Fahrt einzustehen. Haben hingegen die mehreren Bahnverwaltungen bezüglich der durchgehenden Züge sich zu gemeinschaftlichem Betriebe auf gemeinschaftliche Rechnung vereinigt, sind daher die mehreren Bahnen bezüglich der durchgehenden Züge zu **einer** Bahn, mit gemeinschaftlichem Betriebe, vereinigt, dann haftet jede der betheiligten Bahnen solidarisch als gemeinschaftliche Betriebsunternehmerin für alle Unfälle auf der ganzen Strecke.[12])

c. Nach der R.V. Art. 42 sollen die deutschen Eisenbahnen, ausser in Bayern, im Interesse des allgemeinen Verkehrs wie ein einheitliches Netz verwaltet werden. Jede bestehende Eisenbahnverwaltung muss sich, nach Art. 41, den Anschluss einer neu angelegten Bahn auf deren Kosten gefallen lassen. Die Ausführung dieser Bestimmungen erfordert, dass häufiger mehrere Eisenbahnverwaltungen auf einem Bahnhofe, oder einer anderen Bahnstrecke den Betrieb zusammen ausüben, sei es nun dass der Bahnhof oder die andere Bahnstrecke in gemeinschaftlichem Eigenthum der mehreren Bahnverwaltungen steht, oder dass die eine von der anderen deren Mitbenutzung gepachtet hat. Hier handelt es sich nicht um gemeinschaftlichen Betrieb für gemeinschaftliche Rechnung, jede Bahnverwaltung ist daher unter den angegebenen Voraussetzungen für die Unfälle in ihrem Betriebe und nur für die Unfälle in ihrem Betriebe haftpflichtig. Bezüglich der Frage, in wessen Betriebe der Unfall sich ereignet hat, ist der Kläger beweispflichtig. Die natürliche Regel, dass jede Bahnverwaltung für die Unfälle auf ihrer Bahnstrecke haftet, ist durch die Mitbenutzung mehrerer Bahnverwaltungen unterbrochen.[13])

d. Wie oben ausgeführt wurde (S. 631 und 632), macht der fertige Schienenstrang die Eisenbahn; die Eröffnung derselben zum allgemeinen Verkehr ist für Anwendung des Haftpflichtgesetzes nicht erforderlich. Wie in dem Falle, wenn die Eisenbahnverwaltung den Bau der Eisenbahn oder einzelner Strecken in Entreprise gegeben hat, und nun der Bauunternehmer den fertigen Schienenstrang für seine Rechnung, behuf Ausführung seines Kontrakts z. B. zur

---

[12]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 8 vgl. mit Bd. 21 S. 266 u. 361 u. Bd. 9 S. 145.

[13]) R.O.H.G. Bd. 21 S. 266 u. 361.

Beförderung von Baumaterialien benutzt? Unter den angegebenen Voraussetzungen geschieht der Betrieb nicht für Rechnung und Gefahr der Eisenbahnverwaltung, sondern des Bauunternehmers, er ist Unternehmer auch bezüglich derjenigen Handlungen, die zur Ausführung seines Kontrakts erforderlich sind, daher ist der Bauunternehmer, nicht die Eisenbahnverwaltung für die bei diesem Betriebe entstehenden Unfälle haftpflichtig, vorausgesetzt, dass der Betrieb auf der Bahnstrecke so beschaffen ist, dass er den Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes überhaupt unterliegt. Dasselbe gilt von sonstigen Arbeitsbahnen.[14])

2. **In welcher Verbindung muss der Unfall mit dem Schaden stehen?** Der Betriebsunternehmer haftet „für den dadurch entstandenen Schaden“. Die Worte „dadurch entstanden“ beziehen sich auf Tödtung oder Körperverletzung im Eingang des Paragraphen. Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers für Tödtungen oder Körperverletzungen tritt daher nur dann ein, wenn dadurch dem Verletzten oder anderen Personen, denen das Gesetz einen Ersatzanspruch gewährt, ein Schaden zugefügt ist. Der Schaden muss die wirkliche Folge der Tödtung oder Körperverletzung sein, er darf nicht in einem anderen davon unabhängigen Ereigniss seinen Grund haben. Auf den Zeitpunkt des Eintrittes des Schadens kommt nichts an, vorausgesetzt, dass der Berechtigte die Verjährungsfrist des § 8 nicht hat ablaufen lassen. Wer aus dem Haftpflichtgesetze einen Ersatzanspruch erhebt, ist beweispflichtig sowohl bezüglich des Unfalles als seiner Schadensfolgen. Uebrigens haftet der Betriebsunternehmer nicht für alle, sondern nur für bestimmte in § 3 limitirte Schadensfolgen; wegen anderer Schäden, namentlich auch wegen Sachbeschädigungen bei Gelegenheit der Tödtung oder Körperverletzung gewährt das Haftpflichtgesetz keinen Anspruch.

3. **In welcher Art haftet der Betriebsunternehmer? Einrede der Vorausklage und der Theilung.**[15]) Durch den Betriebsunfall können mehrere Obligationen auf Schadensersatz mit verschiedenen Schuldnern zur Entstehung kommen. Neben dem Betriebsunternehmer, der aus dem Gesetze haftet (1), ist derjenige welcher den Betriebsunfall verschuldet hat, aus seinem Verschulden dem Verletzten zu Schadensersatz verpflichtet (§ 9 des Gesetzes) (2); eine dritte Person mag dem Verletzten vertragsmässig Schadenersatz leisten müssen (vgl. auch § 4 des Gesetzes) (3). Es kann vorkommen, dass mehrere Eisenbahnverwaltungen zusammen aus dem Gesetze auf Schadensersatz haften, sei es nun, dass der Unfall bei dem gemeinschaftlichen Betriebe mehrerer Eisenbahnverwaltungen auf gemeinschaftliche Rechnung sich ereignet hat (4), oder dass er bei dem getrennten Betriebe zweier oder mehrerer Eisenbahnverwaltungen auf demselben Bahnkörper in Folge Zusammentreffens der beiderseitigen Betriebsthätigkeit (z. B. Zusammen-

[14]) Uebereinstimmend R.O.H.G. Bd. 25 S. 203, R.G. Bd. 1 S. 279; anscheinend abweichend R.O.H.G. Bd. 14 S. 425.

[15]) Vgl. namentlich Römer: „Das rechtliche Verhältniss der Haftung des Betriebsunternehmers aus dem Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 zu der Haftung des an der Tödtung oder Körperverletzung Schuldigen nach gemeinem Recht und die actio de recepto“ in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 18 S. 1 ff.

stoss der Lokomotiven oder Wagen im Betriebe mehrerer Eisenbahnen) entstanden ist (5).[16])

In welchem Verhältniss stehen die mehreren Obligationen zu einander? Hat der Betriebsunternehmer mit Rücksicht auf einen anderen Betriebsunternehmer oder eine sonstige haftpflichtige Person die Einrede der Vorausklage oder der Theilung?

Die mehreren Obligationen auf Schadensersatz, die eben angeführt wurden, sind Solidarobligationen. Die Schuldner haften in allen Fällen in solidum, nicht pro rata. Der Betriebsunternehmer (Fall 1) ist aus dem Gesetze schlechthin zum Schadensersatz verpflichtet, seine Verbindlichkeit wird nicht durch die zufällige Konkurrenz einer anderen Obligation auf Schadensersatz gemindert. Der schuldhafte Urheber des Schadens (Fall 2) kann sich ebensowenig darauf berufen, dass der Verletzte aus einem anderen verschiedenen Rechtsgrunde Schadensersatz beanspruchen kann. In dem Falle 3 richtet sich der Umfang des zu ersetzenden Schadens nach dem zwischen den Betheiligten bestehenden Vertrage; der Inhalt der Vertragsobligation wird durch die Konkurrenz einer fremdartigen Obligation nicht berührt. Bei dem gemeinschaftlichen Betriebe (Fall 4) ist jeder der mehreren Betriebsunternehmer zu voll aus dem Betriebsunfalle verantwortlich; der Betriebsunfall wird ihm zugerechnet, weil die Voraussetzungen des Haftpflichtgesetzes bei ihm zutreffen; er ist in gleicher Rechtslage, wie mehrere Miether oder Kommodatare, die eine Sache zu gemeinschaftlichem Gebrauch empfangen haben, und die in solidum haften, wenn diese Sache, unter Vernachlässigung der Sorgfalt, wozu sie aus dem Vertrage verpflichtet waren, abhanden gekommen ist.[17]) Noch einleuchtender ist die solidarische Verbindlichkeit in dem letzten Falle; denn hier ist der Betriebsunfall durch ein Zusammentreffen der Betriebsthätigkeit mehrerer Unternehmer herbeigeführt; bei jedem derselben sind daher die Voraussetzungen des Haftpflichtgesetzes offenbar vorhanden. Somit beruhen die angeführten Obligationen auf mehreren selbständigen Thatsachen, jeder Schuldner ist nicht pro rata sondern in solidum zum Schadensersatz verpflichtet, aber sie sind auf dasselbe Objekt gerichtet, woraus folgt, dass Zahlung der einen Obligation und was dem rechtlich gleich steht, auch die anderen Obligationen vernichtet.

Der nächstliegende Fall der Konkurrenz mehrerer Obligationen aus dem Betriebsunfall, nämlich der Haftpflicht des Betriebsunternehmers und des schuldhaften Urhebers des Schadens wird nicht allein im Gesetze erwähnt (§§ 1 u. 2 einerseits, und § 9 andererseits), im Reichstage bei Berathung des Gesetzes wurde auch der Versuch gemacht, das Verhältniss dieser beiden Schuldner durch eine ausdrückliche Bestimmung zu regeln. Zu dem § 9 wurde folgende Zusatzklausel beantragt:

„Die in §§ 1 und 2 bezeichneten Unternehmer sind nicht befugt, einen Ersatz-

---

16) Vgl. R.O.H.G. Bd. 23 S. 1.

17) Vgl. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 205 u. 206.

berechtigten mittelst der Einrede der Vorausklage oder der Theilung an eine andere neben dem Unternehmer haftende Person zu verweisen.“

Motivirt wurde der Antrag dahin: dass die Zulassung einer solchen Einrede der Absicht des Gesetzes widerstreite, dass aber, ohne die beantragte Klausel, die Gerichte in den gemeinrechtlichen Theilen Deutschlands dem Betriebsunternehmer, falls ihn keine Schuld an dem Unfalle treffe, die Einrede der Vorausklage bis zu vergeblicher Ausklagung des in Schuld befindlichen Urhebers des Unfalles, und, falls beide ein gleiches Verschulden träfe, die Einrede der Theilung verstatten möchten, daher ein dringender Anlass vorliege, in das Gesetz eine dem H.G.B. Art. 281 korrespondirende Bestimmung aufzunehmen. Bekämpft wurde der Antrag nur von dem preussischen Bundesbevollmächtigten und nur aus dem Grunde, weil er unnöthig sei; nach der ganzen scharf ausgesprochenen Intention des Gesetzes sollten die Unternehmer prinzipaliter haften, (also ohne die Einrede der Vorausklage und der Theilung); die Verpflichtung des Unternehmers aus dem Gesetze, und die Verbindlichkeit des Angestellten oder Arbeiters aus seiner Schuld seien ganz verschiedene Obligationen, (also dürfe aus der einen keine Einrede gegen die andere entnommen werden); übrigens liege der Antrag vollkommen in der Tendenz des Gesetzes und müsse angenommen werden, wenn die Voraussetzungen des Antragstellers richtig wären. Der dann erfolgten Ablehnung des Antrages wird nur die Bedeutung beigelegt werden dürfen, dass Bundesrath und Reichstag dem Unternehmer die Einrede der Vorausklage und Theilung mit Rücksicht auf den schuldhaften Urheber des Schadens haben versagen wollen, aber eine dies ausdrücklich aussprechende Klausel für unnöthig erachtet haben. Diese Absicht ist in den Verhandlungen bei Berathung des Gesetzes so bestimmt hervorgetreten, dass der Richter sie wird berücksichtigen müssen.[18])

Der Wortlaut des Antrages, die Motivirung für und gegen denselben hat aber nur das Verhältniss des Unternehmers und einer anderen neben ihm („dem Unternehmer“) haftenden Person betroffen. Nicht erwähnt ist der Fall der Haftung mehrerer Unternehmer neben einander, es ist nicht ersichtlich, dass dieser Fall überhaupt in Berücksichtigung gezogen ist, ein Wille des Gesetzgebers für diesen Fall liegt daher nicht vor.

Die Frage ist daher eine offene und in den gemeinrechtlichen Theilen Deutschlands gewiss eine recht zweifelhafte. Die ganz vorherrschende Theorie des römischen Rechts verstattet dem Solidarschuldner die Einrede der Vorausklage, wenn der andere Schuldner in erster Linie an dem Schaden Schuld ist, und die Einrede der Theilung, wenn beide sich in gleicher Verschuldung befinden oder aus fremder Schuld haften.[19]) Stimmten die neueren Civilgesetzbücher mit dem römischen Recht bezüglich der Einreden der Vorausklage und der Theilung überein, so würde man gewiss geneigt sein, sie auch mehreren Unternehmern, die nach dem Haftpflichtgesetze haften, zu gewähren.

[18]) Stenographische Berichte von 1871 erste Session Bd. 1 S. 497, 624 ff.

[19]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II § 298.

Indessen sprechen doch wohl überwiegende Gründe gegen die Zulassung der Einreden. Der haftpflichtige Unternehmer soll durch ein äusseres Merkmal, Betrieb des Unternehmens, bestimmt werden; der Verletzte oder sonstige Ersatzberechtigte braucht ihm kein Verschulden nachzuweisen, weil seine Haftpflicht davon unabhängig ist. Diese wohlwollende und wohlthätige Absicht des Gesetzgebers, den haftpflichtigen Unternehmer, welcher mit Erfolg belangt werden kann, durch ein einfaches äusseres Merkmal zu bestimmen, würde durch Zulassung der Einreden beeinträchtigt werden, indem dann dem Berechtigten die Untersuchung und Prüfung der schwierigen Frage, welchen von mehreren Unternehmern ein Verschulden oder ein vorzugsweises Verschulden treffe, zugemuthet würde. Ueberdies sind die Einreden der Vorausklage und der Theilung, welche das römische Recht nach vorherrschender Ansicht dem Solidarschuldner verstattet, in die neueren Civilgesetzbücher und in das Handelsgesetzbuch nicht übergegangen; ihre Zulassung in den gemeinrechtlichen Theilen Deutschlands würde daher bewirken, dass der Betriebsunternehmer in den verschiedenen Theilen Deutschlands verschieden haften würde, zuwider der Absicht des Gesetzes, welches seine Haftpflicht einheitlich und gleichförmig in ganz Deutschland regeln will. Daher hat denn auch das R.O.H.G. Entscheidungen Bd. 21 S. 361 mehreren haftpflichtigen Betriebsunternehmern die Einreden der Vorausklage und der Theilung versagt.

Hiernach ist die Haftpflicht des Betriebsunternehmers in allen Fällen eine prinzipale, mag er nun allein, neben anderen Unternehmern, oder mit sonstigen Personen haften; er ist nicht befugt, den Verletzten oder einen anderen Ersatzberechtigten mittelst der Einrede der Vorausklage oder der Theilung an einen anderen Unternehmer oder an eine sonstige haftpflichtige Person zu verweisen.

C. Die Ausnahmen der Haftpflicht. Verursachung des Unfalls durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten.

§ 380.

1. Einleitung.

Das Gesetz macht von der Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers zwei, aber auch nur zwei Ausnahmen; er haftet nicht, wenn der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht ist.

Beide Ausnahmen sind vom Standpunkte des Privatrechts aus durchaus berechtigt. Zwar hat, wie bereits hervorgehoben, die gesetzliche Haftpflicht des Unternehmers bei Eisenbahnbetriebsunfällen ihren letzten Grund in der grossen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes und in der daraus folgenden Verbindlichkeit, alle irgend mögliche Sorgfalt gegen Gefahren für Leib und Leben anzuwenden; aber es ist kein ausreichender Rechtsgrund vorhanden, ihn auch für einen solchen Unfall verantwortlich zu machen, der eingetreten ist ungeachtet

vollster Anwendung dieser Sorgfalt durch ein Ereigniss, dem menschliche Kraft und Vorsicht weder vorbeugen noch widerstehen kann; der Unternehmer einer Eisenbahn ist ebensowenig wie ein sonstiger Gewerbsunternehmer Versicherer gegen alle Gefahren und Schäden, die aus seinem Gewerbe entstehen. In der Ausdehnung der Haftpflicht auf selbstverschuldete Unfälle würde nicht allein ein Verstoss gegen die gesunde Regel der lex 203 Dig. de R.I. 50, 17: „Quod quis sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur“ liegen; der Zweck des Gesetzes, durch weise und gerechte Regelung der Haftpflicht Tödtungen und Körperverletzungen möglichst zu hindern, würde durch eine solche Bestimmung geradezu gefährdet werden; denn nur konkurrirende Sorgfalt des Unternehmers, seiner Angestellten und Arbeiter, der Passagiere und der sonst mit dem Eisenbahnverkehr in Berührung kommenden Personen kann den grossen Gefahren des Eisenbahnbetriebes wirksam vorbeugen; nun würde aber für die durch den Eisenbahnbetrieb gefährdeten Personen ein Motiv zur Minderung der Sorgfalt in der Ausdehnung der Haftpflicht auf selbstverschuldete Unfälle liegen, indem der Unternehmer ihnen die daraus entstehenden Schadensfolgen zu vergüten hätte.

Darum finden sich beide Ausnahmen, allerdings in etwas abweichender Formulirung, bereits im § 25 des preussischen Gesetzes vom 3. November 1838; darum ist auch gegen ihre Statuirung im Reichstage kein prinzipieller Widerspruch erhoben; die Verhandlungen des Reichstages über die Ausnahmen drehen sich um die allerdings diskutirbare Frage, wie die Ausnahme der höheren Gewalt formulirt werden solle.

Die Ausnahmen von der Haftpflicht des Betriebsunternehmers werden im Nachsatz des § 1 dahin bestimmt:

> **„sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist.“**

Demnach ist der Betriebsunternehmer bezüglich der Ausnahmen beweispflichtig; es ist seine Sache, die näheren Umstände des Unfalles d. h. der Tödtung oder Körperverletzung darzulegen und zu beweisen, und zu zeigen, dass sie die eine oder andere der beiden Ausnahmen begründen; ihn liberirt nicht die Möglichkeit, ja nicht die Wahrscheinlichkeit, sondern nur die Wirklichkeit des Kausalzusammenhanges zwischen höherer Gewalt oder eigenem Verschulden des Beschädigten einerseits und der Tödtung oder Körperverletzung andererseits. Nur dann ist Kausalzusammenhang[1]) zwischen diesen Thatsachen vorhanden, wenn höhere Gewalt oder eigenes Verschulden **nachweislich** die Tödtung oder Körperverletzung **bewirkt** haben; es ist nicht ausreichend, wenn sie nur **mitgewirkt** haben, aber auch nicht erforderlich, dass sie die **alleinige** Ursache der Tödtung oder Körperverletzung gewesen sind, oder diese **nothwendig**

[1]) Vgl. über Begriff und Erfordernisse der Kausalität namentlich: Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abth.: Zur Lehre von dem Interesse §§ 15 bis 18 u. 21. — v. Bar, die Lehre vom Kausalzusammenhang, Leipzig 1871 u. v. Bar, Zur Lehre von der Kulpa in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 27 ff.

herbeiführen mussten. Dass dieser Zusammenhang besteht, muss der Unternehmer beweisen. Daher bleiben ihm auch alle Betriebsunfälle zur Last, deren Grund nicht aufgeklärt werden kann.[2])

Auch die Vertheilung der Beweislast ist eine weise und gerechte. Bei zahlreichen, vielleicht den meisten Betriebsunfällen ist nur der Unternehmer, nicht der Verletzte in der Lage, ihre näheren Umstände ermitteln und feststellen zu können. Wäre die Beweislast anders vertheilt, hätte der Beschädigte die Abwesenheit von höherer Gewalt oder eigenem Verschulden zu erweisen, so würde sich der Betriebsunternehmer in zahlreichen Fällen seiner Haftpflicht dadurch entziehen können, dass er eine Ermittelung und Feststellung der den Unfall begleitenden Umstände unterliesse.

Die Begriffe höhere Gewalt und Verschulden sind dem Haftpflichtgesetz nicht eigenthümlich, aber sie haben bei Haftpflichtfällen besondere Beziehungen und Anwendungen, welche ein näheres Eingehen erforderlich machen.

§ 381.

2. Die Einrede der höheren Gewalt.

Die Eisenbahnverwaltung wurde nach § 25 des preussischen Gesetzes vom 3. November 1838 von der Haftpflicht befreit durch den ihr obliegenden Beweis, „dass der Schaden . . . . . durch einen unabwendbaren äusseren Zufall bewirkt worden ist.“ Ein Zusatz lautete: „die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher befreiender Zufall nicht zu betrachten.“ In dem Haftpflichtgesetze ist, übereinstimmend mit dessen Entwurf, der Ausdruck „unabwendbarer äusserer Zufall“ durch den Ausdruck „höhere Gewalt“ ersetzt und der Zusatz weggelassen. Die Motive rechtfertigen die Vertauschung der Ausdrücke durch den Hinweis auf die Terminologie des H.G.B. Art. 395 und erklären den Zusatz für entbehrlich. Die Abgeordneten Lasker und Genossen (sog. freie Kommission) beantragten mit geringen Aenderungen die Wiederherstellung der Fassung des preussischen Gesetzes (Stenographische Berichte von 1871, 1. Session Bd. 3 Nr. 65); doch wurde dieser Antrag zurückgezogen, nachdem von mehreren Seiten, namentlich auch von dem preussischen Bundesbevollmächtigten, von diesem unter Hinweis auf ein Urtheil des preussischen Obertribunals, wonach unter „unabwendbarem äusseren Zufall“ die Entstehung des Schadens „durch ein Ereigniss höherer Gewalt“ verstanden werden muss, die materielle Uebereinstimmung der Ausdrücke „höhere Gewalt“ und „unabwendbarer äusserer Zufall“ hervorgehoben war.[1]) Der Abgeordnete Reichensperger beantragte zu § 1 einen Zusatz, in zweiter Lesung dahin: „Der Betriebsunternehmer haftet insbesondere auch für die durch seine Angestellten und Arbeiter bei Gelegenheit ihrer Dienstverrichtungen verursachten Beschädigungen

[2]) R.O.H.G. Bd. 21 S. 9 und die anderen von **Eger** mitgetheilten Urtheile, Kommentar S. 109 ff.

[1]) St.B. von 1871 Bd. 1 S. 457.

eines Menschen,"[2]) in dritter Lesung dahin: „Als höhere Gewalt im Sinne dieses Gesetzes ist es nicht zu betrachten, wenn die Beschädigung eines Menschen durch Angestellte oder Arbeiter des Betriebsunternehmers in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen verursacht worden ist." [3]) Beide Anträge wurden namentlich unter Hinweis auf die korrespondirende Bestimmung im H.G.B. Art. 400 begründet, aber als dunkel und unnöthig bekämpft und vom Reichstage abgelehnt.[4]) Der Dr. Bähr[5]) unterschied drei Kategorien von Unfällen — einmal Ereignisse von so überwältigender Natur, dass ihnen Niemand mit menschlichen Kräften widerstehen könne, worauf der Ausdruck höhere Gewalt recht eigentlich passe; dann Unfälle, die ihren Grund in einem inneren Zufall, nämlich in dem Personal und Material der Bahnverwaltung selbst haben; zuletzt, zwischen diesen beiden Kategorien, **äussere** Ereignisse, die zwar nicht völlig unüberwindlich seien, aber doch bei voller Sorgfalt des Betriebes nicht hätten abgewendet werden können; bei der ersten Kategorie sei die Bahnverwaltung frei, bei der zweiten müsse sie unbedingt haften, die Unfälle der dritten Kategorie seien zweifelhaft, doch dürfe bei diesen nach seiner Ansicht und nach Ansicht der überwiegenden Mehrheit der freien Kommission keine Haftpflicht bestehen. Eine zustimmende Erklärung der Bundesbevollmächtigten zu dieser Ausführung, welche der Dr. Bähr provozirte, wurde abgelehnt, weil es nicht Pflicht der verbündeten Regierungen sei, einen Begriff, wie den der höheren Gewalt, aufzulösen und zu untersuchen, ob er in dem einen oder anderen der mannigfaltigsten Fälle Anwendung finde oder nicht.[6])

Diese Entstehungsgeschichte liefert immerhin erhebliche Anhaltspunkte dafür, was der Gesetzgeber unter höherer Gewalt verstanden hat, wenngleich dadurch keineswegs alle Zweifel in Beziehung auf diesen schwierigen Begriff beseitigt, vielmehr die Ansichten der Mitglieder des Reichstages bezüglich mehrerer Anwendungen desselben weit auseinandergegangen sind. Das preussische Gesetz stellte die Einrede auf **„unabwendbaren äusseren Zufall"**, d. h. nur ein solcher Zufall, der von Aussen kam und zugleich unabwendbar war, sollte die Bahnverwaltung liberiren. Sie haftete daher schlechthin, ohne Rücksicht auf Abwendbarkeit oder Unabwendbarkeit für inneren Zufall, d. h. für alle Unfälle, die entweder auf ihr Personal oder ihr Material zurückzuführen waren. Das muss auch gelten für die Interpretation des Haftpflichtgesetzes, denn die Motive des Bundesrathes sagen in Uebereinstimmung mit den mündlichen Erklärungen des Bundesbevollmächtigten, der Ausdruck sei nur aus äusseren Gründen, mit Rücksicht auf die Terminologie des Handelsgesetzbuches, **vertauscht**, höhere Gewalt sei unabwendbarer **äusserer** Zufall, und dem haben sämmtliche Mitglieder des Reichstages, die sich über die Frage geäussert haben, mit alleiniger

[2]) Ibidem S. 452.
[3]) St.B. von 1871 Bd. 3 Nr. 70 S. 183.
[4]) Ibidem Bd. 1 S. 593.
[5]) St.B. von 1871 Bd. 1 S. 589 u. 590.
[6]) St.B. von 1871 Bd. 1 S. 591.

Ausnahme des Dr. Bähr, beigestimmt, der Antrag auf Wiederherstellung der Fassung des preussischen Gesetzes ist als nicht wesentlich zurückgezogen.

Der Betriebsunternehmer einer Eisenbahn haftet daher zunächst für sein Material, er darf Betriebsunfälle, die in Mängeln seines Materials — der Schienen, Weichen, Lokomotiven, Wagen, Brücken u. s. w. — ihren Grund haben, nicht als höhere Gewalt bezeichnen. Auf Verschulden der Bahnverwaltung kommt es hierbei nicht an; auch wenn alle Vorschriften des Bahnpolizeireglements auf das Genaueste beachtet sind, auch wenn der Mangel ungeachtet sorgfältigster Revision nicht hervorgetreten ist, bleibt sie verhaftet. Ob dies mit den römischen Grundsätzen über das receptum der nautae, caupones et stabularii in Einklang steht, ist mindestens zweifelhaft; der Satz des H.G.B. Art. 607 Abs. 2: „Verlust und Beschädigung, welche aus einem mangelhaften Zustande des Schiffes entstehen, der aller Sorgfalt ungeachtet nicht zu entdecken war (Art. 560 Abs. 2), werden dem Verluste oder der Beschädigung durch höhere Gewalt gleichgeachtet," dürfte auch für das römische receptum anzunehmen sein. Diese Ausdehnung der Haftpflicht über den römischrechtlichen Begriff der vis major hinaus findet ihre Begründung lediglich in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

Der ausführlichste Kommentator des Haftpflichtgesetzes hat dieser Ausdehnung der Haftpflicht den extravaganten Ausdruck gegeben: der Betriebsunternehmer hafte für die **Vollkommenheit** aller seiner Organe im Dienst, seien es Menschen oder Sachen;[7]) indessen unter Ablehnung der Konsequenzen, die dieser Ausdruck mit sich bringt. Ginge die Verantwortlichkeit so weit, so würde der Betriebsunternehmer dafür einzustehen haben, dass seine Einrichtungen mit allen Sicherungsmitteln gegen Gefahren versehen seien, welche die jeweilige Eisenbahntechnik an die Hand gibt, ohne Rücksicht, ob ihre Anwendung mit den zu erwartenden Gefahren im Verhältniss steht; nur die möglichst besten Schienen, Lokomotiven, Wagen, Brücken u. s. w. können vollkommen genannt werden, jeder Unglücksfall, der vermeidbar gewesen wäre, wenn die Betriebsmittel diese Beschaffenheit hätten, würde dem Unternehmer zur Last bleiben. Das lässt sich weder aus den römischrechtlichen Vorschriften über das receptum, noch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entnehmen; nicht für Vollkommenheit, nur für fehlerfreie, ordnungsmässige Beschaffenheit seiner Materialien haftet der Betriebsunternehmer.

Der Betriebsunternehmer haftet weiter für sein Betriebspersonal (Angestellte und Arbeiter), aber mit der Einschränkung, dass nur solche Handlungen und Unterlassungen seiner Leute für ihn verbindlich sind, die mit ihren Dienstfunktionen in Zusammenhang stehen. Denn die Angestellten und Arbeiter sind nur in ihrem dienstlichen Wirkungskreise Organe, Vertreter des Unternehmers; Handlungen derselben ausserhalb dieses Wirkungskreises sind Handlungen dritter Personen. Diese sachgemässe Unterscheidung findet sich schon im römischen Recht; der Schiffer haftet für Handlungen und Unterlassungen seiner Leute im

[7]) Eger, Kommentar S. 76, vgl. S. 125 ff.

Schiffe, d. h. im Zusammenhang mit ihren Dienstfunktionen, weil deren Kreis wenigstens in der Regel auf das Schiff beschränkt ist, nicht dagegen ausserhalb des Schiffes (lex 7 pr. Dig. 4, 9). Nun hat allerdings der Reichstag einen ausdrücklichen Ausspruch, dass die Haftbarkeit des Unternehmers sich auch auf seine Leute erstrecke, abgelehnt, aber nach Ausweis der Verhandlungen lediglich aus dem Grunde, weil derselbe unnöthig sei und weil die Formulirung des Antrags zu Bedenken Anlass gab. Auch hier handelt es sich um **inneren**, nicht **äusseren** Zufall; der Betriebsunternehmer haftet unbedingt, ohne Rücksicht auf Verschulden seiner Leute. Auch wenn aus durchaus entschuldbarem Versehen eine Weiche falsch gestellt oder ein falsches Signal gegeben und dadurch ein Unfall herbeigeführt ist, bleibt der Unternehmer verhaftet. Zu weit gehend und unrichtig ist auch hier die vorhin angeführte Formulirung: der Betriebsunternehmer hafte für die **Vollkommenheit** seiner Angestellten und Arbeiter;[8]) nur ein Betriebsunfall, der in deren Handlungen oder Unterlassungen seinen Grund hat, hindert die Einrede der höheren Gewalt, nicht auch ein solcher, der bei Vollkommenheit der Angestellten und Arbeiter vermeidbar gewesen wäre.

Der Betriebsunternehmer haftet ferner für Handlungen dritter Personen. Er wird nicht frei durch den Nachweis: der Unfall hat seinen Grund nicht in der Mangelhaftigkeit des Materials, nicht in Handlungen oder Unterlassungen der Angestellten oder Arbeiter, sondern in Handlungen dritter Personen. Aber hier ist die Haftbarkeit nach der Natur der Sache eine beschränkte; der Unternehmer ist, wie bereits hervorgehoben, nicht Versicherer gegen alle Gefahren seines Betriebes. Er soll den Betrieb thunlichst sichern gegen Störungen und Gefährdungen durch dritte Personen. Was er zu diesem Behuf thun muss, das ist Frage des einzelnen Falles. Unter gewöhnlichen Verhältnissen wird er damit auskommen, wenn er die Sicherungsvorschriften der Bahnpolizeireglements gewissenhaft beobachtet und alle diejenigen Vorkehrungen trifft, die nach der Erfahrung zur Sicherung des Betriebes gegen Störungen durch dritte Personen nöthig und geeignet sind. Ein Unfall, herbeigeführt durch die Handlung einer dritten Person, die unter Beachtung dieser Sorgfalt unabwendbar war, ist in der Regel höhere Gewalt. Aber die Umstände können auch ein grösseres Maass von Sorgfalt erfordern. In den Reichstagsverhandlungen wurde wiederholt der Fall einer Meuterei der Angestellten oder Arbeiter einer Bahn erwähnt. Droht eine solche, ist mit Grund zu befürchten, dass die Angestellten, die Arbeiter oder sonstige Personen die Schienen der Bahn aufreissen oder in anderer Weise den Verkehr gefährden, so sind gewiss ausserordentliche Vorsichtsmaassregeln geboten. In solchen Fällen mag der Betriebsunternehmer verpflichtet sein, den Betrieb durch Patrouillen, welche die Eisenbahn entlang gehen, zu schützen, was, entgegen der Ansicht des Abgeordneten Lasker,[9]) unter gewöhnlichen Verhältnissen gewiss nicht von ihm verlangt werden kann. Gar nicht

[8]) Eger, Kommentar S. 76.

[9]) St.B. von 1871 Bd. 1 S. 216.

hierher gehört der auch im Reichstage erwähnte Fall, wenn ein Schaffner einen Reisenden allein in ein Koupé setzt, um ihn während der Fahrt zu ermorden oder zu berauben; ein Verbrechen eines Eisenbahnbeamten an einem Passagier ist (in der Regel, — ausser wenn der Betrieb Mittel zur Begehung des Verbrechens war, z. B. Sprengung des Bahnkörpers durch Dynamit oder andere explodirende Stoffe) kein Betriebsunfall. Das Resultat ist: Nur dann enthält ein durch die Handlung einer dritten Person herbeigeführter Unfall höhere Gewalt, wenn diese Handlung durch die nach Lage des Falles gebotene Vorsicht unabwendbar war.

Was eben über Betriebsunfälle durch Handlungen dritter Personen gesagt wurde, gilt im Wesentlichen auch von Betriebsunfällen, die in Naturereignissen ihren Grund haben. Auch dadurch wird der Betriebsunternehmer keineswegs absolut befreit; er soll den Betrieb gegen Gefährdung durch Naturereignisse thunlichst sichern. Gewöhnliche Naturereignisse, Frost, Schneefall, starker Wind, werden ihm immer zur Last fallen; sein Material soll so beschaffen sein, dass es diesen Widerstand leisten kann. Die Grenze zwischen gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Naturereignissen ist selbstverständlich eine flüssige. Ausserordentliche Naturereignisse, z. B. Blitzstrahl, Lokerung der Schienen durch Erdrutsch, Felssturz, Ueberschwemmung, Erdbeben, enthalten höhere Gewalt, wenn sie unabwendbar waren durch diejenige Sorgfalt, die nach Lage des Falles geboten war. Dazu gehört namentlich auch, dass sie nicht vorhergesehen werden konnten. Lässt die Bahnverwaltung einen Zug ab, wissend oder wissenmüssend, dass eine Ueberschwemmung, ein Erdrutsch, ein Felssturz droht, bei so starkem Sturme, dass mit Grund befürchtet werden muss, der Zug möge demselben auf einem Viadukt, einer Brücke oder einer andern exponirten Stelle keinen Widerstand leisten können, oder hat die Bahnverwaltung Vorsichtsmaassregeln unterlassen, um einem drohenden Erdrutsch, Felssturz oder einer ähnlichen Gefahr vorzubeugen, so kann sie sich nicht auf höhere Gewalt berufen. Somit ist auch hier der Richter auf die Würdigung der Umstände des einzelnen Falles angewiesen; höhere Gewalt ist nur dann vorhanden, wenn der Unfall durch die nach Lage des Falles gebotene Vorsicht unabwendbar war.

Um den Unternehmer zu liberiren, muss die höhere Gewalt die Tödtung oder Körperverletzung, um deren Schadensersatz es sich handelt, verursacht haben. Das Vorhandensein höherer Gewalt, z. B. Entgleisung eines Zuges durch die Handlung einer dritten Person oder durch ein aussergewöhnliches Naturereigniss reicht daher für sich zur Exkulpirung der Bahnverwaltung nicht hin; ihr liegt der weitere Nachweis ob, dass unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt die Tödtung oder Körperverletzung unabwendbar war. Es leuchtet ein, dass auch in dieser Beziehung das Material der Bahn von wesentlichem Belang ist; je besser die Betriebsmittel, um so weniger werden Betriebsstörungen Tödtungen und Körperverletzungen herbeiführen. Aber es haftet die Bahnverwaltung, wie vorhin ausgeführt wurde, nur für ordnungsmässigen, fehlerfreien Zustand, nicht auch für Vollkommenheit ihres Materials.

§ 382.

3. Die Einrede des eigenen Verschuldens des Beschädigten.

Der Betriebsunternehmer wird von Haftpflicht frei durch den Nachweis, **„dass der Unfall durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist“.** Dreierlei bedarf nach dem Wortlaut der Untersuchung: was versteht das Gesetz unter Verschulden, was unter eigenem Verschulden des Beschädigten, in welchem Zusammenhange müssen Unfall und Verschulden stehen? Daran schliesst sich die schwierige, im Wortlaute des Gesetzes nicht hervortretende Frage: wie ist es bei konkurrirendem Verschulden des Beschädigten und des Betriebsunternehmers oder seiner Vertreter?

1. **Was versteht das Gesetz unter Verschulden?** § 1 des Haftpflichtgesetzes ist aus dem preussischen Recht hervorgegangen. Daher liegt es nahe, die besondern Bestimmungen des preussischen Rechts über die Zurechnung von Handlungen auf dasselbe anzuwenden. Wird der Unternehmer schon dann frei, wenn dem Verletzten ein „geringes Versehen“ zur Last fällt, also ein solches, das „nur bei vorzüglichen Fähigkeiten, oder bei einer besonderen Kenntniss der Sachen, oder des Geschäfts, oder nur durch eine ungewöhnliche Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte“? Die Frage ist unbedenklich zu verneinen, einmal weil die besondern Vorschriften des preussischen Rechts nur dann auf das Haftpflichtgesetz Anwendung finden, wenn darauf direkt oder indirekt Bezug genommen wird,[1]) und sodann weil das preussische Recht nur unter besondern Voraussetzungen und mit Einschränkungen eine Verhaftung für geringes Versehen statuirt (A.L.R. I 3 § 23, I 6 § 15).

Verschulden besteht in einem Mangel derjenigen Sorgfalt, welche im konkreten Falle nöthig war, um das Eintreten der Tödtung oder Körperverletzung zu hindern. Vorausgesetzt wird daher die Abwendbarkeit des Schadens durch Sorgfalt; bei Tödtungen und Körperverletzungen, die durch keine Sorgfalt vermeidlich waren, kommt die Frage des Verschuldens gar nicht in Betracht. Der Maassstab bei Beurtheilung der Frage, ob diese Sorgfalt angewandt ist, ist ein objektiver, oder wenn man das Wort vorzieht, ein abstrakter, aber kein absoluter. Er ist ein objektiver, d. h. es wird nicht gesehen auf die besonderen Fähigkeiten des Verletzten, auf die grössere oder geringere Aufmerksamkeit, Besonnenheit und Umsicht, die er sonst anzuwenden pflegte, sondern darauf, was ordentliche sorgsame Leute mittlerer Einsicht in der Lage des Verletzten unter den Umständen, worin der Unfall sich begab, zu thun pflegen. Ist der Beschädigte in seinem Thun und Unterlassen (beides steht einander gleich) dahinter zurückgeblieben und ist dadurch der Unfall herbeigeführt, so ist der Betriebsunternehmer frei. Auf den Grad des Verschuldens, ob grobes oder leichtes Verschulden, kommt es nicht an.[2]) Aber der Maass-

[1]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 16 S. 111, Bd. 20 S. 135.
[2]) R.O.H.G. Bd. 19 S. 294.

stab darf kein absoluter sein, unbekümmert um die Umstände des gerade vorliegenden Falles. Die diligentia diligentis ist verschieden nach Zeit, Alter, Geschlecht, Gesundheit, Lebensstellung und den begleitenden Umständen (vgl. namentlich lex 137 § 2 Dig. 45. 1). Bei einem Unfall in dunkler Nacht, bei Sturm und Regen, kann nicht gleiche Kenntniss und Umsicht verlangt werden, wie bei hellem, lichten Tage; von einer Frau darf man nicht ein gleiches Maass von Widerstandskraft gegen das Eintreten des Unfalles erwarten, wie von einem Manne; wem durch Krankheit, durch Altersschwäche das Vermeiden des Unfalles erschwert war, der wird in der Regel entschuldigt sein. Mit Recht ist vom Reichsoberhandelsgericht [3]) entschieden, dass einem beim Betriebe der Eisenbahn verunglückten Eisenbahnbediensteten, der zwar die Achtsamkeit eines vorsichtigen Eisenbahnbediensteten, nicht aber die Achtsamkeit eines vorsichtigen Dritten bewiesen hat, die Einrede des eigenen Verschuldens nicht entgegensteht; unter Hervorhebung, dass der Eisenbahnbedienstete, weil er besondere Uebung habe, manche Vorsichtsmaassregel, deren Nichtbeobachtung einem Dritten zum Verschulden gereichen würde, unterlassen dürfe, ja unterlassen müsse, wenn überhaupt der Eisenbahndienst bestehen solle. Bei dem Wirrwarr, der in Folge eines Zusammenstosses mehrerer Eisenbahnzüge oder bei einer Entgleisung entstehen mag, bei der Aufregung, welche drohende Lebensgefahr auch bei besonnenen, umsichtigen Menschen zu verursachen im Stande ist, kann weder von Eisenbahnbeamten, noch von dritten Personen gleiche ruhige, kühle Ueberlegung und Abwägung verlangt werden, wie unter gewöhnlichen Umständen. Im Eisenbahnverkehr muss häufig rasch gehandelt werden, es ist keine Zeit für volle Abwägung der aus Thun und Unterlassen entstehenden Folgen; auch hierauf ist gebührende Rücksicht zu nehmen. Nur unter umsichtiger Erwägung aller Umstände des einzelnen Falles kann die Frage, ob Verschulden vorliegt, entschieden werden; der Maassstab der Entscheidung darf aber nicht subjektives Ermessen des Richters sein, sondern das gewöhnliche Verhalten ordentlicher sorgsamer Leute in der Lebensstellung und in der Lage des Verletzten.

Häufig, aber lange nicht immer besteht das Verschulden in der Verletzung einer Sicherheitsvorschrift, die entweder für den Eisenbahnverkehr schlechthin gilt (Bahnpolizeireglement, Betriebsreglement) oder den Angestellten und Arbeitern oder auch den Passagieren der Eisenbahn allgemein oder für den einzelnen Fall in zulässiger Weise und von zuständiger Seite ertheilt ist. Wer durch Verletzung einer solchen Vorschrift einen Unfall herbeiführt, der befindet sich in der Regel in Schuld. Aber von dieser Regel gibt es Ausnahmen, bei denen jedoch der Beschädigte beweispflichtig ist (replica doli). Zunächst die Unausführbarkeit der betreffenden Vorschrift, [4]) sei es schlechthin, sei es unter den vorliegenden Umständen, namentlich um deswillen, weil die Bahnverwaltung die zur Ausführung der Vorschriften erforderlichen Maassnahmen unterlassen hat. So kann Arbeitern in einer Bahnhofswerkstätte, die keinen besondern Weg hat,

---

[3]) R.O.H.G. Entsch. Bd. 19 S. 294.

[4]) R.O.H.G. Bd. 15 S. 165.

sondern nur über das Geleise zugänglich ist, bei Wegen von und zu dieser Werkstätte nicht das Verbot des Betretens des Bahnkörpers entgegengehalten werden.[5]) Die Bahnverwaltung kann sich der gesetzlichen Haftpflicht nicht dadurch entziehen, dass sie gefährliche Handlungen, welche der Betrieb erfordert, verbietet und sich hernach auf das unausführbare Verbot beruft. Weiter die Nichtbeachtung der betreffenden allgemeinen Vorschrift in zahlreichen Fällen unter Konnivenz der Aufsichtsbeamten. Die nachgesetzten Beamten, die Arbeiter der Bahn und sonstige Personen mögen unter den angegebenen Voraussetzungen annehmen, die betreffende Vorschrift bestehe nicht mehr zu Recht oder solle doch nicht mehr in Ausführung gebracht werden. Man kann billigerweise von der Bahnverwaltung, die sich auf Verletzung einer Sicherheitsvorschrift zu ihrer Liberirung beruft, verlangen, dass sie das Ihrige gethan hat, um diese Vorschrift in Ausführung zu bringen.[6]) Sodann ein Einzelgebot oder Verbot des zuständigen Bahnbeamten, das mit der allgemeinen Vorschrift in Widerspruch steht. Vollziehen Angestellte oder Arbeiter einer Bahn die Anordnung eines Vorgesetzten, befolgen Passagiere die Weisung eines Zugbeamten, so wird man — wenigstens in der Regel — nicht verlangen können, dass sie vorher prüfen, ob diese Anordnung und Weisung mit allgemeinen Vorschriften in Einklang steht. Sie mögen bei denjenigen Personen, deren Anordnungen und Weisungen sie ja im allgemeinen Folge zu geben haben, ein besseres Wissen und eine richtigere Würdigung des gerade vorliegenden Falles voraussetzen.[7]) Endlich ausserordentliche Umstände, welche ein Hinwegsetzen über die Sicherheitsvorschrift gebieten oder rechtfertigen. Die Sicherheitsvorschriften haben nicht die Bedeutung und Kraft absoluter Gesetze, ich würde das gar nicht sagen, wäre nicht das Gegentheil behauptet; sie sollen den Eisenbahnverkehr gegen Gefahr sichern und dürfen daher, ja müssen unter Umständen unbeachtet bleiben, wenn sie diesen Zweck gefährden oder wenn eine höhere Pflicht, die sie nicht ausschliessen wollen und können, ihre Nichteinhaltung gebietet. Dem Passagier, der das Koupé öffnet, um einer drohenden Lebensgefahr auszuweichen, darf das Verbot eignen Oeffnens der Wagenthür nicht entgegengehalten werden. Dem Arzte, welcher zu einem Eisenbahnunfall herbeieilt, um ärztliche Hilfe zu bringen, steht das Verbot des Betretens des Bahnkörpers nicht entgegen. Dem Bahnbeamten, der Leben und Gesundheit wagt, um ein auf den Schienen befindliches, durch einen herankommenden Zug bedrohtes Kind zu retten, steht das Verbot der Annäherung an einen sich bewegenden Zug nicht entgegen, wenn er in geeigneter Weise einen Rettungsversuch macht und dabei verletzt wird. In diesem Sinne ist wiederholt[8]) mit bestem Recht vom R.O.H.G. erkannt, und hätten diese Entscheidungen am wenigsten bemängelt werden sollen.[9])

---

[5]) R.O.H.G. Bd. 8 S. 202.

[6]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 15 S. 165, Bd. 23 S. 1. — R.G. Bd. 1 S. 48, Bd. 4 S. 23.

[7]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 19 S. 26.

[8]) R.O.H.G. Entsch. Bd. 22 S. 313 und das von **Eger** S. 149 u. 150 mitgetheilte Urtheil.

[9]) A. M. **Eger**, Kommentar S. 150 u. 151.

2. Nicht **jedes** Verschulden, nur **eigenes** Verschulden des **Beschädigten** liberirt den Unternehmer. Dem Beschädigten steht nur dann diese Einrede entgegen, wenn er Urheber oder Theilnehmer des Verschuldens ist, das seinen Tod oder seine Körperverletzung herbeigeführt hat. Daher kann dem Kinde,[10]) dem Wahnsinnigen, der durch Verschulden seines Aufsehers beschädigt ist, daher kann dem Insassen des Gefährts, dessen Pferde durch Nachlässigkeit des Fuhrmanns die Barriere durchbrochen haben, diese Einrede nicht entgegengesetzt werden; aber allerdings wird die Bahnverwaltung in solchen Fällen häufiger aus dem Grunde der höheren Gewalt von Haftpflicht frei sein. Trifft die Bahnverwaltung in dem letzterwähnten Falle, der in den Reichstagsverhandlungen häufiger erwähnt, aber verschieden beurtheilt wurde, kein Verschulden in Beziehung auf die Verwahrung des Bahnkörpers, war die Barriere rechtzeitig und ordnungsmässig verschlossen, bot sie die nach den Umständen erforderliche Widerstandskraft gegen die Annäherung an den herankommenden Zug, wurde sie trotzdem durchbrochen und sind dann die Insassen des Gefährts von dem Zuge, der nicht vorher zum Stehen gebracht werden konnte, beschädigt, dann sind gewiss alle Merkmale der höheren Gewalt vorhanden; die Beschädigung hat ihren Grund in einem Ereigniss, das durch die bei Lage des Falles gebotene Vorsicht unabwendbar war. Man sieht aus diesem Beispiele, wie die Thatbestände der Einreden der höheren Gewalt und des eigenen Verschuldens häufiger in einander überlaufen.

3. Das eigene Verschulden des **Beschädigten** muss die **Ursache** seiner Tödtung oder Körperverletzung sein, damit der Unternehmer frei wird. Nicht das reicht aus zur Liberirung der Bahnverwaltung, dass er die Möglichkeit seiner Beschädigung schuldhaft herbeigeführt hat, dass ihn also ein Verschulden trifft in Beziehung auf die eine oder andere der zahlreichen Bedingungen, die zusammentreffen mussten, damit der Unfall sich ereignen konnte. Dem Zeugen, Schöffen, Geschwornen, der unter Verletzung seiner öffentlichen Pflicht eine Reise auf der Eisenbahn macht und dabei beschädigt wird, dem Passagier, der verbotswidrig in einem nicht für ihn bestimmten Koupé Platz nimmt und in diesem Koupé verletzt wird, steht die Einrede des eigenen Verschuldens nicht entgegen. Zwar wäre er nicht beschädigt, wenn er seiner öffentlichen Pflicht genügt und die Reise unterlassen hätte, wenn er in dem ihm zukommenden Koupé geblieben wäre, ihn trifft Verschulden in Beziehung auf die eine oder andere Bedingung seines Unfalls, aber ihn trifft kein Verschulden in Beziehung auf den Zusammenstoss, die Entgleisung, die Explosion oder was sonst seinen Tod oder seine Körperverletzung herbeigeführt hat. Ebenso auch wohl in dem übrigens schon zweifelhaften Falle, wenn Jemand rechtswidrig auf dem Bahnkörper geht, aber an einer Stelle, wo er ohne Betriebsstörung nicht verletzt wäre und wenn er nun durch eines der angeführten Ereignisse verletzt wird. Anders wenn Jemand schuldhafter Weise sich einem Zuge annähert und dann von demselben erfasst wird, wenn er auf herankommende Wagen nicht pflicht-

[10]) R.G. Bd. 1 S. 276.

mässig Acht gegeben hat und dann beschädigt wird, wenn er bei dem verbotswidrigen Versuche, in den bereits in Bewegung befindlichen Zug einzusteigen, beschädigt wird, in allen diesen Fällen trifft ihn Verschulden in Beziehung auf dasjenige Ereigniss, was die wirkende Ursache seines Todes oder seiner Körperverletzung war und ist eigenes Verschulden die Ursache seiner Beschädigung. Hier wie überall beim Kausalzusammenhang muss auf die causa proxima, die causa efficiens, nicht auf die causa remota gesehen werden.

Der Betriebsunternehmer ist beweispflichtig bezüglich des Kausalnexus. Kommt ihm hierbei, für das Gültigkeitsgebiet des A. L., die eigenartige Vermuthung des Theil I Tit. 6 § 25: „Wer aber in der Ausübung einer unerlaubten Handlung sich befunden hat, der hat die Vermuthung wider sich, dass ein bei solcher Gelegenheit entstandener Schaden durch seine Schuld verursacht worden," zu Statten? Das wird anscheinend vom R. O. H. G. Entsch. Bd. 19 S. 175 bejaht, wird aber doch wohl richtiger verneint, einmal weil das Haftpflichtgesetz bei dieser Frage auf die Landesgesetze nicht Bezug nimmt, und sodann, weil es die Beweislast schlechthin, im vollen Umfange dem Unternehmer auflegt, hiermit aber landesgesetzliche Vermuthungen, welche ihm einen Theil der Beweislast abnehmen, nicht in Einklang stehen.

4. Zur Liberirung des Unternehmers ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Beschädigte seine Tödtung oder Körperverletzung durch eigenes Verschulden herbeigeführt hat; er braucht nicht das Betriebsereigniss, was die wirkende Ursache seines Todes war, z. B. den Zusammenstoss, die Entgleisung, die Explosion schuldhaft herbeigeführt zu haben. Wie aber in dem Falle, wenn den Unternehmer bezw. seine Vertreter ein Verschulden in Beziehung auf die Entstehung dieses Ereignisses oder auf dessen Einwirkung auf den Kläger trifft? Wird dadurch seine Haftpflicht wieder hergestellt? Fälle, worin **konkurrirendes Verschulden des Beschädigten und der Bahnverwaltung** den Unfall herbeigeführt hat, sind häufig. Der Bahnwärter hat schuldhafter Weise das Schliessen der Barriere unterlassen, ein Passant achtet nicht auf herankommende Fahrzeuge und wird verletzt. In Folge Verschuldens des Fuhrmanns durchbricht ein Gefährt die Barriere, der herankommende Zug hätte bei Achtsamkeit des Lokomotivführers vor der Beschädigung zum Stehen gebracht werden können. Durch Nachlässigkeit der Bahnverwaltung ist ein nicht befestigter Wagen vom Winde erfasst und ins Rollen gekommen, ein nicht achtsamer Spaziergänger wird von diesem Wagen verletzt. Der Schaffner hat die Thür eines Koupés nicht ordnungsmässig geschlossen, ein Passagier lehnt sich verbotswidrig an diese Thür und stürzt aus dem Wagen u. dgl. mehr.

Das römische Recht enthält für den Fall konkurrirenden Verschuldens folgende theilweise kontroverse Sätze: [11])

Sind beide Theile in dolo, so wird der dolus kompensirt und es entsteht keine Klage. Ist der Beschädiger allein in dolo, so kann der Beschädigte, ohne

---

[11]) Vgl. namentlich Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht. Zweite Abth. S. 157 u. 259 ff. Demelius in Gerber u. v. Jhering, Jahrbücher Bd. 5 S. 52 ff.

Rücksicht auf konkurrirende culpa, vollen Schadenersatz beanspruchen. Sind beide Theile frei von dolus, beide befinden sich aber in culpa, so hat der Beschädigte nach der durchgreifenden Regel der lex 203 Dig. 51, 17: „Quod quis ex sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur,“ keinen Schadensanspruch, ohne dass auf den grösseren oder geringeren Grad des Verschuldens gesehen wird.

Das preussische Landrecht hat an die Stelle dieser einfachen und durchgreifenden Sätze eine verwickelte und gekünstelte Kasuistik gesetzt, je nach dem Grade der konkurrirenden Kulpa:

Ist der Beschädiger in dolo oder culpa lata, so haftet er immer (I 6 § 18), indessen nicht für den mittelbaren Schaden und für den entgangenen Gewinn, falls dem Beschädigten grobes Versehen zur Last fällt (I 6 § 19). Grobes Versehen des Beschädigten entzieht ihm allen Schadensanspruch aus mässigem oder geringem Versehen des Beschädigers (I 6 § 20), ebenso mässiges Versehen, falls dem Beschädiger nur mässiges oder geringes Versehen zur Last fällt (I 6 § 21).

Das österreichische Gesetzbuch verordnet im § 1304: „Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnissmässig, und wenn sich das Verhältniss nicht bestimmen lässt, zu gleichen Theilen,“ gradezu eine Vertheilung des Schadens auf Beschädiger und Beschädigten je nach dem Grade und dem Einflusse ihres Verschuldens.

Nun wird eine Vertheilung des Schadens auf Unternehmer und Beschädigten bei konkurrirendem Verschulden durch das Haftpflichtgesetz ausgeschlossen: es stellt die einfache Alternative: entweder muss der Unternehmer sämmtliche erstattungsfähige Schadensfolgen tragen oder er haftet aus § 1 und 2 des Gesetzes gar nicht.

Das Reichsoberhandelsgericht,[12]) mit Recht davon ausgehend, dass die Folgen des konkurrirenden Verschuldens in dem gesammten Gebiete der Geltung des Reichshaftgesetzes nach **einheitlichem** Recht zu beurtheilen seien, hat entschieden: dass in den Fällen der §§ 1 und 2 der Einfluss des konkurrirenden Verschuldens ohne Rücksicht auf das gemeine Recht und die Landesgesetze unter Beachtung des Zweckes und der einzelnen Bestimmungen des Reichshaftpflichtgesetzes nach der Natur der Sache (?) und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (?) zu beurtheilen sei; dass hiernach der gemeinrechtliche Grundsatz, jedes eigene Verschulden des Beschädigten schliesse den Entschädigungsanspruch aus, sofern nur dem Urheber des Schadens kein dolus zur Last falle, für die Anwendung und das Verständniss des § 1 als allgemein gültig nicht anzuerkennen, vielmehr eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens hinsichtlich der Art und des Grades, sowie des Einflusses desselben auf den eingetretenen Unfall erforderlich sei.

Man sieht, diese Entscheidung verstellt Alles auf die richterliche Würdigung

---

[12]) Entsch. Bd. 20 S. 135. Vgl. auch Bd. 16 S. 111.

des konkreten Falles. Der Richter soll das beiderseitige Verschulden mit einander vergleichen und abwägen; findet er, dass das beiderseitige Verschulden nach Art und Grad und Einfluss gleich ist, oder dass das Verschulden des Beschädigten überwiegt, so ist der Schadensanspruch zurückzuweisen; dagegen ist die Bahnverwaltung bei überwiegendem Verschulden zu verurtheilen. Nun ist gewiss freies einsichtiges richterliches Ermessen erforderlich bei Beurtheilung der Frage: ob wirklich ein Verschulden des Beschädigten vorliegt und nicht das sonst etwa anzunehmende Verschulden durch überwiegendes Verschulden der Bahnverwaltung ausgeschlossen wird, ob weiter dieses Verschulden die Ursache des Unfalles ist und nicht vielmehr dessen Eintritt dem Verschulden der Bahnverwaltung beizumessen ist; ist aber einmal festgestellt, dass ungeachtet konkurrirenden Verschuldens der Bahnverwaltung eine Tödtung oder Körperverletzung durch eigenes Verschulden des Beschädigten herbeigeführt ist, dann ist das richterliche Ermessen zu Ende und die Bahnverwaltung zu absolviren. Das Gesetz enthält **keine Lücke** für den Fall konkurrirenden Verschuldens, es bestimmt schlechthin, somit auch bei konkurrirendem Verschulden: der Unternehmer ist von Schadensersatzpflicht frei, wenn der Unfall durch eigenes Verschulden des Beschädigten verursacht ist. Davon würde selbst in dem Falle keine Ausnahme zu machen sein, dass die Bahnverwaltung **absichtlich** den Tod oder die Körperletzung eines Menschen herbeigeführt hat, hier jedoch vorausgesetzt, dass der dolus nicht dem Unternehmer selbst (in welchem Falle die Haftung sich nach dem § 9 des Reichsgesetzes bemisst), sondern seinem Personal zur Last fällt.

III. Die Haftpflicht des Unternehmers eines Bergwerks, eines Steinbruchs, einer Gräberei, einer Fabrik für Betriebsunfälle, welche durch Verschulden seiner Angestellten herbeigeführt sind.

§ 383.

A. Im Allgemeinen.

Die Obligation aus § 2 des Haftpflichtgesetzes ist nach ihrer rechtlichen Natur und nach ihren Voraussetzungen von der Obligation aus § 1 verschieden. Im § 1 wird die Verpflichtung an einen Zustand angeknüpft: Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen bei dem Eisenbahnbetriebe; der Unternehmer haftet unabhängig von Verschulden. Das ist anders bei der Verbindlichkeit aus § 2 des Gesetzes; der Unternehmer haftet nur für solche Betriebsunfälle, welche durch das Verschulden einer bestimmten Kategorie von Personen, die unter dem Ausdruck Angestellte zusammengefasst werden können, entstanden sind. Daher ist die Verbindlichkeit aus § 2 nach der hergebrachten römischen Terminologie eine obligatio quasi ea delicto.[1])

Der § 2 des R.H.G. ist dem französischen Recht entnommen. Nach dem code civil Art. 1384: „les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions, auxquelles ils les ont employés“ haften die Unternehmer für Verschulden der von ihnen beauftragten Personen innerhalb ihrer Dienstverrichtungen. Indessen bleibt der § 2 des R.H.G. in doppelter Beziehung hinter dem französischen Recht zurück. Einmal wird nicht das Verschulden aller beauftragten Personen, namentlich nicht das der lediglich ausführenden Arbeiter, dem Unternehmer angerechnet, und sodann hat nicht der Unternehmer alle, sondern nur bestimmte Schadensfolgen aus dem Verschulden seiner Angestellten innerhalb ihrer Dienstverrichtungen zu vertreten. Das R.H.G. enthält daher nicht den Satz des französischen Rechts: Das Verschulden der Beauftragten, namentlich der Angestellten,

---

[1]) R.O.H.G. Bd. 16 S. 4.

innerhalb ihrer Dienstverrichtungen gilt als Verschulden des Unternehmers; denn dann müsste der Unternehmer alle aus Verschulden der Angestellten entstandenen Schadensfolgen vertreten.

Der § 2 des Gesetzes hat folgenden Wortlaut: **„Wer ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibt, haftet, wenn ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat, für den dadurch entstandenen Schaden."**

Die Fassung des § 2 ist der des § 1 nicht angepasst. Als haftpflichtige Person wird nicht der **Unternehmer** genannt; sie wird durch einen Zwischensatz beschrieben: „wer ein Bergwerk u. s. w. betreibt". Unfall **bei dem Betriebe** einer der bezeichneten Anlagen wird nicht geradezu als Voraussetzung der Haftpflicht hingestellt; nur indirekt lässt sich diese Voraussetzung aus den Eingangsworten und aus der Bestimmung, dass ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Unfall herbeigeführt haben müsse, entnehmen. Indessen sind dies nur Fassungs-, keine materiellen Unterschiede.[2]) Das erhellt einmal aus den Verhandlungen bei Berathung des Gesetzes, mehreren Abänderungsanträgen zu dem § 2 wurde eine dem § 1 angepasste Fassung gegeben, sie wurden abgelehnt nicht wegen ihrer Fassung, sondern weil der Reichstag eine materielle Abänderung des § 2 der Gesetzesvorlage nicht wollte, das erhellt namentlich auch aus dem § 9 des Gesetzes, wo die den Obligationen der §§ 1 und 2 gemeinsamen Merkmale dahin zusammengefasst werden: „in welchen .... **der Unternehmer** .... einer in den §§ 1 und 2 bezeichneten Anlage .... für den **bei dem Betriebe der Anlage** durch Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen entstandenen Schaden haftet." Der Inhalt des § 2 lässt sich daher in folgende dem § 1 angelehnte Formel bringen: „Wenn bei dem Betriebe eines Bergwerkes, eines Steinbruches, einer Gräberei (Grube) oder einer Fabrik ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung herbeigeführt hat."

Auch bei der Obligation des § 2 sind die Voraussetzungen und der Inhalt der Haftpflicht zu unterscheiden.

Die Voraussetzungen sind:

1. **Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen (Unfall);** hierüber gilt Alles, was vorhin bei Untersuchung der Voraussetzungen der Haftpflicht der Eisenbahnunternehmer gesagt ist (vgl. § 378 S. 628);

2. **bei bestimmten haftpflichtigen Anlagen,** nämlich Bergwerke mit Ein-

[2]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 20 S. 13, Bd. 21 S. 176, Bd. 22 S. 311.

schluss der Steinbrüche und Gräbereien und Fabriken **(Bergwerks-, Fabrik-Unfall),**

3. **bei dem Betriebe dieser Anlagen (Betriebsunfall),**
4. **Verschulden bestimmter Personen,**
5. **in Ausführung der Dienstverrichtungen,**
6. **Kausalzusammenhang zwischen Verschulden und Unfall.**

Die **Rechtsfolge** beim Zusammentreffen dieser Voraussetzungen ist: **Haftung des Betriebsunternehmers für den durch den Unfall** (Tod oder Körperverletzung) **entstandenen Schaden.** Ueber diese Rechtsfolge gelten die Ausführungen des § 379, so dass eine besondere Untersuchung derselben nicht erforderlich ist.

§ 384.

B. Die Voraussetzungen dieser Haftpflicht.

1. **Die haftpflichtigen Anlagen.** Als solche werden im Gesetze nebeneinander genannt: Bergwerke, Steinbrüche, Gräbereien (Gruben) und Fabriken. Indessen sind die Steinbrüche und Gräbereien keine selbständigen Kategorien, sie sind Anhängsel der Bergwerke, mit denen sie gemein haben, dass sie auf Gewinnung unterirdischer Stoffe gerichtet sind. Ihre besondere Erwähnung wird in den Motiven damit gerechtfertigt, dass ihre durchschnittliche Gefährlichkeit die Anwendung des Gesetzes erheische und dass ihre Subsumtion unter den Ausdruck Bergwerk zweifelhaft sei.[1])

Bei Bestimmung und Abgrenzung der nach § 2 haftpflichtigen Anlagen handelt es sich um ähnliche Fragen, wie bei Bestimmung und Abgrenzung der Eisenbahnen. Was versteht das Gesetz unter Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken? (a) wie weit geht der Umfang dieser Anlagen? (b) von welchem Zeitpunkte an ist das Gesetz auf dieselben anwendbar? (c)

a. **Bergwerke sind Anlagen zur bergmännischen Gewinnung von Mineralien nach Aufdeckung einer Fundstätte.**[2]) Die für den Bergbau wichtigsten Mineralien sind: Gold, Silber, Quecksilber, Eisen, Blei, Kupfer, Zinn, Zink, Kobalt, Nickel, Arsenik, Mangan, Antimon, Alaun- und Vitriolerze, Steinkohlen, Braunkohle, Graphit, Steinsalz und Soolquellen (vgl. § 1 des preussischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865). Anlagen zur Auffindung von Mineralien, Schürfen, Bohren u. dgl. sind für sich keine Bergwerke; dem Bergwerksbetriebe muss die Auffindung einer Fundstätte vorangehen. Die Gewinnung der Mineralien muss in bergmännischer Weise geschehen, mittelst Stollen oder Schächte, die in den Erdboden getrieben sind. Auf welchen Rechtstitel hin die Gewinnung und Aneignung der Mineralien geschieht, ob kraft des Bergregales, ob kraft staatlicher Verleihung, ob aus dem Rechte des Grundeigenthums, ist für den Begriff des Bergwerks unerheblich; das Gesetz will nach seinen Motiven auf alle Bergwerke ohne Ausnahme Anwendung finden.[3])

---

[1]) St.B. von 1871 Bd. 3 S. 72.
[2]) R.O.H.G. Bd. 25 S. 145.
[3]) St.B. von 1871 Bd. 3 S. 72.

Die Ansicht Egers, Kommentar S. 178 und 179, nur diejenigen Anlagen seien Bergwerke im Sinne des Gesetzes, welche „der bergpolizeilichen Aufsicht und Kontrole nach Maassgabe der zuständigen Landesgesetze unterliegen“, ist willkürlich und unrichtig. Weder die Entstehungsgeschichte noch der Wortlaut des Gesetzes ergibt irgend einen Anhalt für die Aufstellung eines solchen Erfordernisses. Wäre diese Ansicht richtig, so würde der Umfang des Reichsgesetzes von den Landgesetzen abhängen und würden zahlreiche Bergwerke z. B. die fiskalischen Bergwerke dadurch von der Wirksamkeit des Gesetzes ausgenommen werden können, dass sie von der bergpolizeilichen Aufsicht und Kontrole eximirt würden.

Steinbrüche [4]) **sind Anlagen zur Gewinnung von Steinen aus dem Erdboden, ohne Unterschied, ob sie über oder unter der Erde betrieben werden.** Zum Begriffe des Steinbruchs gehört, dass das Unternehmen direkt und unmittelbar auf das Gewinnen von Steinen gerichtet ist; die nebensächliche Gewinnung von Steinen bei einem Unternehmen, das einen anderen Zweck verfolgt, z. B. beim Bau eines Hauses oder Tunnels, bei Strassen- und Eisenbahnanlagen, ist nicht ausreichend. Auf staatliche Beaufsichtigung kommt es nicht an.[5])

Gräbereien [6]) **sind Anlagen zur Gewinnung der in den sog. oberflächlichen Lagerstätten vorkommenden Fossilien, insbesondere besonderer Erdarten.** In den Motiven werden „Mergel-, Kies-, Sand-, Thon- und ähnliche Gruben“ (z. B. zur Torfgewinnung) genannt. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob der Betrieb über oder unter der Erde geschieht. Anlagen zu anderen Zwecken, z. B. Ausgrabungen für Strassen- und Eisenbahnanlagen und für Bauten unterliegen nicht dem R.H.G.

Fabriken sind Anlagen zur Bearbeitung und Verarbeitung beweglicher Sachen im Grossen. Die vornehmste Schwierigkeit bei Bestimmung des Begriffes Fabrik besteht in der Abgrenzung gegenüber dem Handwerk. Zwischen beiden besteht keine scharfe bestimmte Grenzlinie, sie laufen in einander über. Die Motive nennen den Versuch, im Wege der Gesetzgebung den Begriff der Fabrik festzustellen, einen vergeblichen; [7]) dabei hat sich auch der Reichstag beruhigt. Die Unterscheidungsmerkmale zwischen beiden betreffen folgende Punkte: den Umfang des Betriebes, der Fabrikbetrieb ist Grossbetrieb, der Handwerksbetrieb ist Kleinbetrieb; das angewandte Kapital, der Fabrikant arbeitet mit grossen, der Handwerker mit kleinen Mitteln; die Zahl der Arbeiter, der Fabrikant pflegt eine grössere Zahl von Arbeitern zu beschäftigen, der Handwerker arbeitet allein, oder mit nur wenigen Gehülfen; die Triebkraft, Anwendung der Dampfkraft ist beim Fabrikbetrieb häufig, aber nicht nothwendig, beim Handwerk selten und ungewöhnlich. Der Richter hat im einzelnen Falle zu untersuchen, ob die Merkmale der Fabrik oder des Hand-

[4]) R.O.H.G. Bd. 20 S. 3.
[5]) A. M. Eger, Kommentar S. 183.
[6]) R.O.H.G. Bd. 23 S. 403.
[7]) St.B. von 1871 Bd. 3 S. 72.

werks überwiegen, und danach zu entscheiden, ob es sich um ein Fabrikunternehmen handelt, oder nicht.[8]) Aber auch jede Bearbeitung beweglicher Sachen, sofern sie nur im Grossen und mittelst einer dazu bestimmten Anlage geschieht, ist Fabrikbetrieb. Auf die grössere oder geringere Intensität der Behandlung der beweglichen Sachen kommt es nicht an; die Sonderung beweglicher Sachen mittelst mechanischer Einwirkung auf dieselben, die Umformung derselben ist Bearbeitung oder Verarbeitung. Daher sind Hüttenwerke,[9]) Walzwerke, Metallschmelzen, Hochöfen, Eisengiessereien, grosse Mühlen Fabriken. Welchen Zwecken das Arbeitsprodukt dienen soll ist unerheblich; die grossen Maschinenwerkstätten der Eisenbahnen, im Grossen betriebene Ziegeleien, Brennereien, Brauereien sind Fabriken, auch wenn ihr Produkt nicht für den Handel bestimmt ist.[10]) Die Bearbeitung oder Verarbeitung der beweglichen Sachen muss in einer dazu bestimmten Anlage geschehen; Unternehmer, welche im Grossen durch Arbeiter oder Handwerker in deren Wohnungen Garne zu Geweben, Holz zu Möbeln, Leder zu Schuhen verarbeiten lassen, sind zwar Fabrikanten, aber sie betreiben keine Fabrik, wegen Mangels einer Fabrik fallen Unfälle bei ihrem Betriebe nicht unter § 2 des Haftpflichtgesetzes. Die Hausindustrie unterliegt gleich dem Handwerk nicht den Bestimmungen des Gesetzes.

b. Die andere Frage: **wie weit reicht der Umfang der haftpflichtigen Anlagen?** verstattet keine allgemeine Antwort, sondern richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Zu dem Bergwerk und ebenso zu dem Steinbruch und der Gräberei gehören alle Anstalten und Vorrichtungen, welche der Gewinnung der Mineralien, Steine und Fossilien dienen, einerlei, ob sie sich unter oder über der Erde befinden, so die Schächte, Stollen, Pump-, Trieb- und Förderwerke, Lagerstätten für die gewonnenen Stoffe, im Unterschied von denjenigen Anstalten und Vorrichtungen, welche die Bearbeitung oder Verarbeitung der bereits gewonnenen Stoffe bezwecken, namentlich Aufbereitungsanstalten, Pochwerke und Hüttenwerke. Daraus folgt denn, dass die letzteren Anstalten nur dann unter das Gesetz fallen, wenn sie Fabriken sind, also im Grossen betrieben werden, während es bei dem Bergwerk, Steinbruch und der Gräberei auf die Grösse des Betriebes nicht ankommt. Der Umfang der Fabrik ist in ähnlicher Weise zu bestimmen; zu ihr gehören alle Anstalten und Vorrichtungen, welche der Bearbeitung oder Verarbeitung der beweglichen Sachen dienen, im Gegensatz zu anderen äusserlich mit der Fabrik verbundenen Gebäuden und Anstalten, namentlich den Wohnräumen für Fabrikbesitzer, Angestellte und Arbeiter.

c. Auch die letzte Frage: **von welchem Zeitpunkte an ist eine haftpflichtige Anlage vorhanden?** ist thatsächlicher Art. Erst das fertige Bergwerk, der fertige Steinbruch, die fertige Gräberei, die fertige Fabrik untersteht dem Gesetze; die vorangehenden Begebenheiten, Bau und Einrichtung

---

[8]) Seuffert, Archiv Bd. 34 Nr. 217.
[9]) R.O.H.G. Bd. 14 S. 196.
[10]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 415 u. Bd. 24 S. 103.

des Bergwerks u. s. w. liegen ausserhalb seines Bereiches.[11]) Denn der § 2 des R.H.G. bezieht sich nur auf diejenigen, welche ein Bergwerk, eine Fabrik u. s. w. betreiben, aber auch auf alle Personen, bei denen dies zutrifft, so dass es keinen Unterschied macht, ob die Inbetriebsetzung der Anlage erlaubter oder unerlaubter Weise geschehen ist.

2. **Betriebsunfall.** — Der Unternehmer eines Bergwerkes, eines Steinbruches, einer Gräberei, einer Fabrik haftet nur für solche Tödtungen und Körperverletzungen, die sich **bei deren Betriebe** zugetragen haben. Nicht ausreichend ist auch hier eine äussere, eine zeitliche Verbindung zwischen Betrieb und Unfall; die Haftpflicht erstreckt sich nicht auf alle bei Gelegenheit, während des Betriebes eingetretenen Unfälle, der Betrieb muss vielmehr Ursache des Unfalles gewesen sein.[12]) Das erhellt aus der Absicht des Gesetzes, gegen die Gefahren, die ihren **Grund** in bestimmten gefährlichen Unternehmungen haben, einen erhöhten Rechtsschutz zu gewähren, das wird auch in den Motiven, allerdings nur nebenbei ausgesprochen, indem gesagt wird, dass eine Ersatzpflicht des Unternehmers jedenfalls dann anzunehmen sei, „wenn die für den Fabrikbetrieb erlassenen polizeilichen Vorschriften nicht eingehalten würden und die vorgekommene Körperverletzung damit in kausalem Zusammenhange stehen konnte.“ [13])

Der mehrdeutige Ausdruck Betrieb hat, was die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmer anlangt, in den Motiven und in den Reichstagsverhandlungen eine im Wesentlichen ausreichende Erläuterung gefunden. Nicht so bei der Haftpflicht der Unternehmer von Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken. Auch über diese ist im Reichstage sehr ausführlich und lebhaft verhandelt und gestritten; aber die Streitpunkte betrafen die Bestimmung der haftpflichtigen Unternehmungen, die Regulirung des Beweisthemas und der Beweislast, die Ausdehnung der umfassenderen Haftpflicht der Eisenbahnen auf die Bergwerke; es macht den Eindruck, als ob der Reichstag hier den Ausdruck Betrieb einer Erläuterung und näheren Bestimmung nicht für bedürftig erachtet habe.

Und doch wäre hier eine Erläuterung und nähere Bestimmung sehr am Platze gewesen. Nach dem Sprachgebrauch und der Wortbedeutung umfasst der Ausdruck Betrieb sämmtliche Verrichtungen und Thätigkeiten, welche zu dem betreffenden Unternehmen — Bergwerk, Fabrik u. s. w. — gehören, deren Inbegriff das betreffende Unternehmen ausmacht, ohne Unterschied des technischen und mechanischen Betriebes einerseits und des kaufmännischen Betriebes andererseits, ohne Unterschied, ob der Unfall sich auf dem Raume der Fabrik, des Bergwerks u. s. w. oder ausserhalb desselben bei sog. Aussenarbeiten zugetragen hat, ohne Unterschied, ob der Betriebsakt, wobei der Unfall sich ereignet hat, mit besonderen Gefahren verknüpft war oder nicht, ohne Unterschied, ob derselbe die Gewinnung der Mineralien, Steine, Fossilien oder die

[11]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 20 S. 13 u. Bd. 25 S. 201.
[12]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 25 S. 182.
[13]) St.B. von 1871 Bd. 3 S. 71.

Bearbeitung oder Verarbeitung der beweglichen Sachen unmittelbar zum Gegenstande hatte oder dieselbe nur vorbereiten oder ihr sonst dienen sollte, z. B. die Anfuhr von Roh- und Hülfsstoffen, die Abfuhr der Fabrikate, Reparaturen an den Maschinen oder anderen Vorrichtungen der Bergwerke oder Fabriken.

Es fragt sich, ob ausreichende Gründe vorhanden sind, in den Wortlaut des Gesetzes Einschränkungen hineinzutragen.

Dem Gesetze unterstehen zunächst Unfälle bei dem technischen und mechanischen Betriebe auf dem Raume des Bergwerkes, des Steinbruches, der Gräberei und der Fabrik. Alle Verrichtungen und Thätigkeiten in dem Bergwerke, dem Steinbruche, der Gräberei, auf dem Raume der Fabrik, welche die Gewinnung der Mineralien, Steine und Fossilien, z. B. das Hauen, Brechen und die Förderung derselben, sowie die Bearbeitung und Verarbeitung der beweglichen Sachen zum Gegenstande haben, oder welche diesem Zwecke unmittelbar dienen, z. B. die Heranbringung der Roh- und Hülfsstoffe, das Auf- und Abladen der Materialien, das Heizen und Bedienen der Maschinen, gehören unzweifelhaft zu dem Betriebe der betreffenden Anlage. Und zwar kann es hier nicht darauf ankommen, ob das betreffende Unternehmen oder der Betriebsakt, wobei der Unfall sich zugetragen hat, mit besonderen Gefahren verknüpft ist oder nicht.[14]) Denn einmal weiss der Wortlaut des Gesetzes nichts von einer solchen Unterscheidung und sodann würde die Hineintragung derselben mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes im Widerspruch stehen.[15]) In den Motiven wird mit Recht hervorgehoben, dass es Fabriken gebe, „deren Betrieb mit keiner oder geringer Gefahr für die körperliche Integrität verbunden ist", aber dem Einwande, dass sich eine Einschränkung des Gesetzes auf die gefährlichen Fabriken empfehle, wird durch die ganz zutreffende Bemerkung begegnet, dass beim Mangel von Unglücksfällen das Gesetz keine praktische Bedeutung habe, dass aber „das erstrebte Ziel, alle gefährlichen Anlagen der Wirksamkeit des Gesetzes zu unterwerfen", nur dann mit Sicherheit erreicht werden könne, wenn dasselbe auf „alle Fabriken ohne Ausnahme für anwendbar erklärt würde.[16]) Dabei hat es auch der Reichstag belassen. Findet somit das Gesetz nach seinem Wortlaut und nach seiner Entstehungsgeschichte auf gefährliche und ungefährliche Anlagen gleichmässig Anwendung, so kann es noch weniger zulässig sein, die einzelnen Betriebsakte der Bergwerke, Fabriken u. s. w. in gefährliche und ungefährliche zu zerlegen und, was die nothwendige Folge einer solchen vagen Unterscheidung wäre, die Wirksamkeit des Gesetzes erheblich zu beeinträchtigen und zahlreiche Rechtsstreitigkeiten hervorzurufen.[17])

Erhebliche Zweifel bestehen in Beziehung auf die sog. **Aussenarbeiten**, d. h. mit dem Bergwerks- und Fabrikbetrieb in Verbindung stehende Arbeiten, die von dem Bergwerks- oder Fabrikpersonal ausserhalb des Raumes des Berg-

[14]) A. M. Eger, Kommentar S. 206 ff.

[15]) R.O.H.G. Bd. 21 S. 276.

[16]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3. S. 71 u. 72.

[17]) Uebereinstimmend R.O.H.G. Bd. 21 S. 276. — Vgl. R.G. Bd. 4 S. 98.

werks, der Fabrik u. s. w. ausgeführt werden. Dahin gehört beispielsweise die Anfuhr von Roh- und Hülfsstoffen, die Versendung von Mineralien, Steinen, Fossilien und Fabrikaten, die Ausführung technischer Arbeiten ausserhalb des Raumes des Bergwerks und der Fabrik. Den einschlagenden Urtheilen des R.O.H.G. und des R.G. scheint folgende m. E. zutreffende Unterscheidung zu Grunde zu liegen. Enthalten die Aussenarbeiten eine Fortsetzung des eigentlichen Fabrikbetriebes, verunglückt beispielsweise ein Fabrikarbeiter bei Aufstellung einer Maschine, bei der Legung von Wasserleitungsröhren in einem Falle, wo der Fabrikbesitzer nicht allein die Lieferung, sondern auch die Aufstellung der Maschine bez. die Legung der Wasserleitungsröhren übernommen hat, so findet das R.H.G. Anwendung,[18]) denn in diesem Falle ist der technische (mechanische) Fabrikbetrieb über den Raum der Fabrik ausgedehnt und fortgesetzt. Enthalten dagegen die Aussenarbeiten die Ausübung eines Nebengewerbes z. B. eines Transportgewerbes, das nur äusserlich mit dem haftpflichtigen Unternehmen verbunden ist, dann findet das R.H.G. keine Anwendung; der Betriebsunfall hat sich unter den angegebenen Voraussetzungen ausserhalb des haftpflichtigen Gewerbebetriebes begeben.[19])

Unfälle bei Reparaturen eines Bergwerks, einer Fabrik u. s. w. hat das R.O.H.G. dann von dem Gesetze ausgenommen, wenn sie von einem eigenen dazu berufenen Techniker unter Sistirung des Betriebes ausgeführt werden, im Unterschiede von Reparaturen bei einzelnen unwesentlichen Theilen des Werkes, die von dem Personal der haftpflichtigen Anlage ohne Sistirung oder unter ganz vorübergehender Sistirung des Betriebes vorgenommen werden.[20])

Auch hat das R.O.H.G. den kaufmännischen Betrieb eines Bergwerks, einer Fabrik u. s. w. von der Wirksamkeit des Gesetzes ausgenommen, wofür sich anführen lässt, dass dasselbe nur die Produktion in Bergwerken, Fabriken u. s. w. und die damit in Verbindung stehenden Arbeiten und Verrichtungen, nicht aber ein damit nur äusserlich verbundenes kaufmännisches Gewerbe treffen will.[21]) Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung ist gering, da bei dem kaufmännischen Betriebe schwerlich ein Unfall vorkommen wird.

3. **Personen, deren Verschulden den Unternehmer haftpflichtig macht.** — Das Gesetz enthält 4 Kategorien von Personen, deren Verschulden der Unternehmer zu vertreten hat, nämlich

a. Bevollmächtigte,
b. Repräsentanten,
c. zur Leitung oder Beaufsichtung des Betriebes angenommene Personen,
d. zur Leitung oder Beaufsichtignng der Arbeiter angenommene Personen.

Den Gegensatz dieser Personenklassen bildet auf der einen Seite der **Unternehmer** selbst — eigenes Verschulden macht ihn nicht nach § 2 des R.H.G.

---

[18]) R.O.H.G. Bd. 25 S. 184.
[19]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 311. R.G. Bd. 1 S. 46.
[20]) R.O.H.G. Bd. 25 S. 201.
[21]) R.O.G.G. Bd. 21 S. 276.

verantwortlich,[22]) bei eigenem Verschulden tritt vielmehr die landesgesetzliche Haftpflicht ein, welche das R.H.G. zwar voraussetzt, aber nicht statuirt, jedoch in einigen Beziehungen im § 9 regulirt — und auf der anderen Seite der **einfache gewöhnliche ausführende Arbeiter** —;[23]) die Arbeiter — das ist der Gedanke des Gesetzes — mögen sich gegenseitig kontroliren, sie übernehmen die Arbeit mit dem Bewusstsein der Gefahren, welche aus dem Nebeneinander zahlreicher Arbeiter entstehen, eine Ausdehnung der Haftpflicht auf Verschulden einfacher Arbeiter würde ihre Vorsicht mindern und könnte einzelne Industriezweige, namentlich den Bergwerksbetrieb, erheblich belasten, Unfälle, die sie einander oder dritten Personen durch Verschulden zufügen, fallen daher nicht unter das R.H.G.

Wenn auch die den Unternehmer haftpflichtig machenden Personenklassen absichtlich[24]) durch so allgemeine Ausdrücke bezeichnet sind, dass sie sämmtliche Personen zwischen dem Unternehmer und dem einfachen Arbeiter umfassen, „also Jeden, der nicht lediglich ausführender Arbeiter, sondern irgendwie anzuordnen, zu befehlen, zu beaufsichtigen oder zu leiten befugt ist",[25]) immer jedoch vorausgesetzt, dass sein Wirkungskreis sich auf den haftpflichtigen Betrieb erstreckt, da Unfälle ausserhalb desselben nicht unter das R.H.G. fallen, so ist doch ein näheres Eingehen auf diese Personenklassen geboten, zumal sich an einige derselben nicht unerhebliche Kontroversen anschliessen.

An erster Stelle werden die **Bevollmächtigten** genannt, d. h. die juristischen Vertreter des Unternehmers. Nur diejenigen Personen sind Bevollmächtigte, welche für den Unternehmer kontrahiren dürfen, nicht auch diejenigeu, deren Dienstleistungen lediglich thatsächlicher Art sind.[26]) Würde der Ausdruck „Bevollmächtigter", dem juristischen Sprachgebrauch zuwider, auch auf die letzteren ausgedehnt, so würde für die anderen Kategorien gar kein Inhalt bleiben. Ausreichend ist aber auch die Ermächtigung zu Rechtsgeschäften, auf das innere Verhältniss zwischen Unternehmer und Bevollmächtigten kommt es nicht an. Zwar verlangt das Gesetz, ausgehend von dem gewöhnlichen Falle, dass nämlich der Bevollmächtigte in einem Dienstverhältniss zu dem Unternehmer steht „Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen", aber es hat damit nur gesagt sein sollen, dass das Verschulden im Bereiche des Wirkungskreises liegen muss, welcher dem Bevollmächtigten übertragen ist. Daher macht das Verschulden eines Bevollmächtigten, der lediglich aus Gefälligkeit oder Freundschaft die Vertretung des Unternehmers übernommen hat, diesen verantwortlich. Gleichgültig ist, ob die Vollmacht vom Unternehmer selbst, von einer zuständigen Behörde (z. B. von der Bergbehörde ernannte Repräsentanten — pr. B.G. § 127 —, richterlich ernannte Liquidatoren, Vormünder)

---

[22]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 11 S. 426, Bd. 14 S. 195.

[23]) R.O.H.G. Bd. 14 S. 195.

[24]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3 S. 72, Bd. 1 S. 206 u. 478.

[25]) Endemann S. 36.

[26]) A. M. Endemann, Kommentar S. 35.

oder von einem Bevollmächtigten des Unternehmers innerhalb seiner Vollmacht ertheilt ist. Zu den Bevollmächtigten gehören beispielsweise: die Repräsentanten und Grubenvorstände bei Bergwerken, die Vorsteher bei Aktiengesellschaften und anderen Korporationen, die Vormünder, die Liquidatoren (diese sofern sie nicht Unternehmer sind), die Prokuristen, Disponenten und zur Vertretung ermächtigte Angestellte und andere Beamte.

Nächst den Bevollmächtigten werden die **Repräsentanten** genannt. Der Ausdruck ist weder in den Motiven noch in den Verhandlungen des Reichstages erläutert. Vielleicht haben die Bestimmungen des preussischen Berggesetzes über die Repräsentanten bei Bergwerken (§ 117 ff.) Anlass zur Aufnahme dieser Kategorie gegeben. Repräsentant ist nach dem Sprachgebrauch gleichbedeutend mit Vertreter, so dass diese Kategorie lediglich eine Wiederholung der vorigen wäre. Das R.O.H.G. subsumirt unter dem Ausdrucke Repräsentant den Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft,[27] sowie denjenigen, welcher den Betrieb für eigene Rechnung übernommen hat, aber mit Verpflichtung die gewonnenen Produkte dem Eigenthümer für einen vereinbarten Preis zu liefern.[28] Beide Entscheidungen sind aber schwerlich berechtigt. Der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft ist Unternehmer nicht Repräsentant, sofern man mit dem R.O.H.G.[29] und der herrschenden Ansicht die offene Handelsgesellschaft für eine Sozietät, nicht für eine juristische Person erachtet. Der Uebernehmer des Betriebes für eigene Rechnung ist Unternehmer, der Nebenvertrag, welcher ihn zur Lieferung der gewonnenen Produkte an den Eigenthümer zu einem im Voraus bestimmten Preise verpflichtet, steht auf gleicher Linie mit dem Vertrage des Bergwerksbesitzers, Fabrikanten u. s. w., wodurch dieser die in bestimmter Zeit zu gewinnenden Produkte oder Fabrikate einem Dritten veräussert.

Weiter werden genannt **Personen, die zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes angenommen sind.** Die beiden hier angeführten Thätigkeiten, Leitung und Beaufsichtigung, bilden keinen Gegensatz, die Beaufsichtigung gehört zur Leitung und mag als besonders wichtiger Theil derselben besonders aufgeführt sein. Daher lässt sich denn auch diese Kategorie nicht in zwei Kategorien auflösen. Nicht erforderlich ist, dass der Auftrag zur Leitung sich auf den Gesammtbetrieb erstreckt; die Leitung eines einzelnen Betriebszweiges, ja eines einzelnen Betriebsumstandes z. B. Prüfung des Wetterzustandes in einem Bergwerke, Untersuchung der Sicherheitslampen,[30] Untersuchung der zu gebrauchenden Werkzeuge und Geräthe ist ausreichend. Aber nur solche Personen fallen unter diese Kategorie, deren Verrichtungen über diejenigen gewöhnlicher Arbeiter hinausgehen; nöthig ist eine selbständige dirigirende Stellung bezüglich des Gesammtbetriebes, eines Betriebszweiges oder eines Betriebsumstandes.[31] Dauernde Anstellung ist nicht erforderlich, Annahme,

---

[27]) R.O.H.G. Bd. 18 S. 216.
[28]) R.O.H.G. Bd. 21 S. 175.
[29]) R.O.H.G. Bd. 25 S. 158.
[30]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3 S. 72.
[31]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 14 S. 196.

auch vorübergehende Annahme zur Leitung, mag sie nun vom Unternehmer selbst oder einem Vertreter desselben ausgegangen sein, reicht aus. Namentlich gehören zu dieser Kategorie auch einfache Arbeiter, soweit ihnen im einzelnen Falle eine Aufsichtsfunktion übertragen ist.[32]) Im Uebrigen ist die Abgrenzung dieser Kategorie von den einfachen Arbeitern eine Thatfrage, die nur nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden kann.

Was eben über die zur Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes angenommenen Personen gesagt ist, gilt auch von der letzten Kategorie: **Personen, die zur Leitung oder Beaufsichtigung der Arbeiter angenommen sind.** Auch hier handelt es sich nur um eine, nicht um zwei Kategorien von Personen, da Leitung und Beaufsichtigung in einander übergehen, auch hier ist eine selbständige, dirigirende Stellung gegenüber sämmtlichen mehreren oder auch nur einem einzelnen Arbeiter erforderlich; auch hier ist vorübergehende Annahme ausreichend; auch hier ist die Abgrenzung gegenüber den einfachen Arbeitern eine Thatfrage, die eine abstrakte Lösung nicht zulässt, sondern eine Prüfung der Umstände des einzelnen Falles nöthig macht.[33])

4. **Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen.** — Der Rechtsgrund der Haftpflicht des Unternehmers ist Verschulden eines Angestellten in Ausführung seiner Dienstverrichtungen. Das Verschulden des Angestellten macht den Unternehmer haftpflichtig; es wird ihm, allerdings in beschränkter Weise, bezüglich bestimmter Schadensfolgen als eigenes Verschulden angerechnet. Drei Fragen bedürfen der Untersuchung: was versteht das Gesetz unter Verschulden (a), was unter Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen (b), wie ist es, wenn der Unfall, (die Tödtung oder Körperletzung) durch konkurrirendes Verschulden eines Angestellten und des Verletzten herbeigeführt ist? (c)

a. Das Verschulden besteht auch hier (vgl. § 382) in einem Mangel derjenigen Sorgfalt, welche im gerade vorliegenden Falle erforderlich war, um das Eintreten der Tödtung oder Körperverletzung zu hindern. Der Maassstab bei Beurtheilung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten, mag es nun in einem Handeln oder Unterlassen bestehen,[34]) ein Verschulden enthält, ist ein objektiver; es kommt darauf an, ob der Angestellte hinter der gewöhnlichen Sorgfalt von besonnenen Angestellten der betreffenden Art zurückgeblieben ist. Der Grad des Verschuldens ist an sich, ausser bei konkurrirendem Verschulden, ohne Einfluss, auch leichtes Verschulden macht den Unternehmer verantwortlich.[35]).

Der Grundgedanke des R.H.G.: durch strenge Regulirung der Haftpflicht Unfällen thunlichst vorzubeugen und die damit in Verbindung stehende Pflicht der Unternehmer, alle Vorkehrungen zur Sicherung von Leben und Gesundheit ihrer Angestellten, Arbeiter und dritter Personen zu treffen, welche allgemeine

---

[32]) R.O.H.G. Bd. 23 S. 46. — R.G. Bd. 1 S. 28, Bd. 3 S. 4.

[33]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 14 S. 196.

[34]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 305, Bd. 15 S. 92.

[35]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 303.

Gesetze [36]) und Verordnungen,[37]) sowie Verfügungen der zuständigen Behörden [38]) vorschreiben, und welche Wissenschaft und Erfahrung an die Hand geben, ist bei Anwendung des § 2 von grosser Bedeutung. Allerdings ist dieser Gedanke nicht ausdrücklich im R.H.G. ausgesprochen, auch eine solche Verbindlichkeit nicht ausdrücklich in ihm aufgestellt. Die Verbesserungsanträge zum § 2, welche in verschiedenen Formulirungen die Haftpflicht des Unternehmers für den Fall statuiren wollten, dass er nicht die zur Abwendung des Unfalles erforderlichen Vorkehrungen getroffen habe, sind vom Reichstage abgelehnt. Allein es bedurfte eines solchen allgemeinen Ausspruches gar nicht, da das in dieser Beziehung Erforderliche in andern Gesetzen vorgesehen ist. Bestimmte gefährliche Anlagen dürfen nur nach zuvoriger polizeilicher Genehmigung errichtet und betrieben werden.[39]) Die zuständige Landesbehörde mag bei ihnen besondere Sicherungsanlagen zur Abwendung von Gefahren für Leben und Gesundheit der Arbeiter vorschreiben.[40]) Die Gewerbeunternehmer, deren Betrieb unter die Reichsgewerbeordnung fällt, sind verpflichtet „alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebes und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherheit gegen Gefahren für Leben und Gesundheit erforderlich sind.“[41]) Aehnliche Bestimmungen finden sich in den Berggesetzen.[42])

Hiernach enthält der Betrieb eines gefährlichen Unternehmens, sofern er nicht gegen ein Prohibitivgesetz verstösst,[43]) kein Verschulden, auch wenn er voraussichtlich früher oder später zu einem Unfalle Anlass geben wird. Aber die Gewerbeunternehmer sollen ihren Betrieb so einrichten, dass die damit verbundenen Gefahren für Leben und Gesundheit thunlichst beseitigt oder gemindert werden; er wird ein schuldhafter, wenn etwas versäumt ist, was nach Wissenschaft und Erfahrung geeignet ist, seine Gefährlichkeit zu mindern; hier jedoch vorausgesetzt, dass die zur Minderung der Gefährlichkeit erforderlichen Anstalten in einem vernünftigen Verhältniss zu den dadurch zu erwartenden Vortheilen stehen („thunlichste Sicherheit“). Sicherungsanlagen, welche wegen ihrer Kostspieligkeit oder Schwerfälligkeit den Betrieb wirthschaftlich unmöglich machen oder erheblich erschweren würden, können von dem Unternehmer nicht verlangt werden. Bei Beurtheilung der Frage, ob die erforderlichen Sicherheitsanlagen vorhanden sind, und sich in ordnungsmässigem Zustande befinden, ist der Geschäftsgebrauch in der betreffenden Betriebsart von Bedeutung,[44]) ohne

---

[36]) R.G.O. § 120 S. 3.

[37]) Die vom Bundesrathe auf Grund der R.G.O. § 120 S. 3 erlassenen Vorschriften z. B. Bekanntmachung vom 29. Mai 1871, betr. allgemeine polizeiliche Bestimmungen über die Anlegung von Dampfkesseln.

[38]) R.G.O. § 18.

[39]) R.G.O. § 16.

[40]) R.G.O. § 18.

[41]) R.G.O. § 120 S. 3 (früher § 107).

[42]) Pr. Berggesetz §§ 67, 196 ff.

[43]) R.O.H.G. Bd. 19 S. 412.

[44]) R.O.H.G. Bd. 19 S. 396.

dass er jedoch zur Entschuldigung einer allgemeinen unverzeihlichen Nachlässigkeit ausreichte.[45])

Die Vorschriften über Sicherung des Betriebes wenden sich an den Unternehmer, sie gelten aber auch für dessen Bevollmächtigte, Repräsentanten und Aufsichtspersonen. Denn diese nehmen am Verschulden des Unternehmers Theil, wenn sie ohne Widerspruch Dienstverrichtungen ohne ausreichende Sicherung des Betriebes vornehmen oder anordnen.

Eine einigermaassen erschöpfende Angabe der Fälle, worin Verschulden der Angestellten vorliegt, ist selbstverständlich nicht möglich; unter Hinweis auf die grade bezüglich dieser Frage ausgezeichnete Jurisprudenz des R.O.H.G. und des R.G. mag nur hervorgehoben werden, dass namentlich in folgenden Umständen ein Verschulden der Angestellten gefunden werden kann:

Ausübung eines verbotenen Betriebes,[46]) Mangel der erforderlichen Schutzvorrichtungen oder mangelhafte Beschaffenheit derselben,[47])

mangelhafte Beschaffenheit der Maschinen, Geräthe u. s. w., die bei dem Betriebe verwendet werden,[48])

ungenügende Instruktion oder Beaufsichtigung der Arbeiter, namentlich bei gefährlichen Verrichtungen,[49])

Auswahl unfähiger oder ungenügend vorbereiteter Arbeiter zu gefährlichen Verrichtungen.[50])

b. Das Verschulden der Angestellten macht den Unternehmer nur dann haftpflichtig, wenn es **in Ausübung der Dienstverrichtungen** begangen ist. Die Worte im § 2 des R.H.G. „in Ausführung der Dienstverrichtungen", nach der Entstehungsgeschichte[51]) gleichbedeutend mit: „in Ausführung **ihrer** Dienstverrichtungen" enthalten unzweifelhaft eine Qualification des Verschuldens des Angestellten, das den Unternehmer verantwortlich macht. Indessen ist es bisweilen nicht leicht, den Inhalt dieser Beschränkung festzustellen und wird hierbei Manches von den Umständen des grade vorliegenden Falles abhängen müssen. Der Gegensatz der Worte: „in Ausführung der Dienstverrichtungen" ist zunächst: „ausserhalb des Dienstes"; Verletzungen, die ein Angestellter einem Arbeiter oder einer dritten Person zwar im Betriebe aber ausserhalb seines Dienstes zugefügt hat, machen den Unternehmer nicht verantwortlich, so wenn ein nicht im Dienste befindlicher Angestellter eine Kesselexplosion verursacht; der Gegensatz ist weiter: „ausserhalb des Dienstes, der dem betreffenden Angestellten übertragen ist", Verletzungen, die ein Angestellter einem Arbeiter oder einer dritten Person zwar im Betriebe aber ausserhalb des ihm

---

45) R.O.H.G. Bd. 23 S. 46.

46) R.O.H.G. Bd. 19 S. 412.

47) R.O.H.G. Bd. 19 S. 396, Bd. 20 S. 165, 240, Bd. 23 S. 46. R.G. 1 S. 271 vgl. mit 275.

48) R.O.H.G. Bd. 12 S. 303. R.G. Bd. 3 S. 4.

49) R.O.H.G. Bd. 17 S. 417, Bd. 19 S. 26. R.G. Bd. 4. S. 23.

50) R.O.H.G. Bd. 12 S. 303, Bd. 20 S. 240.

51) Vgl. Eger, Kommentar S. 266 u. 267.

darin angewiesenen Wirkungskreises zugefügt hat, machen den Unternehmer nicht verantwortlich, so wenn ein Maschinist den Guss einer Eisengiesserei befiehlt und dabei ein Arbeiter verunglückt. Dabei wird indessen zu beachten sein, dass der Unternehmer ganz analog dem Prinzipal (H.G.B. Art. 47) nicht allein nach dem wirklich ertheilten Auftrage, sondern nach dem Auftrage, wie er den Umständen nach zu vermuthen ist, haftet. Der Ausspruch des R.O.H.G.[52]): einem gewöhnlichen Arbeiter „kann, wie als die Regel angenommen werden muss, nicht zugemuthet werden, zu prüfen, ob der unmittelbare Vorgesetzte seine Kompetenzen überschreitet, zumal mancherlei seiner Beurtheilung sich entziehende Umstände eingetreten sein können, welche es räthlich, wenn nicht nothwendig machen, das Verbot“ (des Unternehmers, eines höheren Vorgesetzten) „ausser Acht zu lassen“, passt auch auf den Fall, dass ein Angestellter eine Dienstverrichtung ausserhalb seines Wirkungskreises vornimmt. Ueberschreitet daher ein Angestellter seinen Wirkungskreis, so wird es darauf ankommen, ob diejenigen Personen, welche in Folge seiner schuldhaften Anordnungen (Handlungen, Unterlassungen) beschädigt sind, die Ueberschreitung des Wirkungskreises kannten, beziehungsweise kennen mussten; in diesem Falle hatten sie ihre Mitwirkung bei den Anordnungen des Angestellten zu verweigern und tritt keine Haftpflicht des Unternehmers ein, im anderen Falle wird gegen ihn das Argument Anwendung finden: „de se queri debit, cur talem praeposuerit“.[53])

c. Ueber den Fall des **konkurrirenden Verschuldens eines Angestellten und des Verletzten** ist das R.H.G. beim Bergwerks- und Fabrikbetriebe ebenso schweigsam, wie beim Eisenbahnbetriebe. Daher finden dieselben Grundsätze Anwendung, die früher, bei Darstellung der Haftpflicht der Eisenbahnunternehmer entwickelt sind. Wie der Eisenbahnbetriebsunternehmer dadurch liberirt wird, dass eigenes Verschulden des Verletzten als Grund des Unfalles nachgewiesen wird, ebenso der Unternehmer von Bergwerken, Fabriken u. s. w. Denn dieser Nachweis zerstört eine der Voraussetzungen seiner Haftpflicht, nämlich dass der Unfall durch Verschulden eines Angestellten herbeigeführt ist. Damit ist aber keineswegs gesagt, dass das konkurrirende Verschulden des Angestellten und des Verletzten schlechthin den Schadensersatzanspruch ausschliesst. In einem solchen Falle ist immer zu prüfen, ob nicht das sonst anzunehmende Verschulden des Verletzten durch überwiegendes Verschulden des Angestellten ausgeschlossen wird. Die Unternehmer sind zu thunlichster Sicherung ihrer Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit verpflichtet, verunglückt ein Arbeiter wegen Mangels der erforderlichen Schutzvorrichtungen, so wird immer, wie das R.O.H.G.[54]) wiederholt mit Recht hervorgehoben hat,

---

[52]) R.O.H.G. Bd. 19 S. 26.

[53]) Im Wesentlichen übereinstimmend Eger, Kommentar S. 265 ff. A. M. Endemann, Kommentar S. 38, welcher „den wenig sorgfältigen Ausdruck „„in Ausführung der Dienstverrichtungen““ dahin versteht „in Ausübung des Dienstes“. — Der innere Grund dieser Einschränkung der Haftpflicht des Unternehmers liegt darin, dass demselben wenigstens in der Regel eine sorgfältige Prüfung und Kontrole der Angestellten nur innerhalb ihrer Dienstverrichtungen möglich sein wird.

[54]) R.O.H.G. Bd. 20 S. 240 vgl. mit Bd. 10 S. 241, Bd. 16 S. 111, Bd. 19 S. 26.

„der thatsächlich durchschnittlich geringere Bildungsgrad der Arbeiter, der bei ihnen erfahrungsmässig häufig vorkommende Mangel an Achtsamkeit, Geschicklichkeit, Besonnenheit und Geistesgegenwart und die in der menschlichen Natur liegende, sich aus der Gewöhnung an Gefahren bildende Gleichgültigkeit und Missachtung derselben“ zu berücksichtigen sein, und wird diese Erwägung häufig dahin führen, in einem wenig achtsamen Verhalten der Arbeiter kein Verschulden gegenüber dem ganz überwiegenden Verschulden des Unternehmers und seiner Angestellten zu finden. In einem solchen Falle ist weiter zu prüfen, ob wirklich das eigene Verschulden des Verletzten und nicht vielmehr das Verschulden des Angestellten die Ursache des Unfalles gewesen ist; das eigene Verschulden des Verletzten ist ohne Einfluss, wenn es nur zum Eintritt des Unfalls mitgewirkt hat, nicht aber als dessen causa efficiens angesehen werden kann.[55]) In den angegebenen Richtungen wird oft eine gegenseitige Abwägung des beiderseitigen Verschuldens hinsichtlich der Art und des Grades, sowie des Einflusses desselben auf den eingetretenen Unfall erforderlich sein. Ist aber das Resultat dieser Abwägung dieses: eigenes Verschulden des Verlezten hat den Unfall herbeigeführt, dann ist der Unternehmer, ohne dass es auf die Bestimmungen des Landesrechts über die konkurrirende Kulpa ankommt,[56]) zu absolviren; es fehlt, wie bereits hervorgehoben, eine Voraussetzung, von der das Gesetz seine Haftpflicht abhängig gemacht hat, nämlich dass der Unfall durch Verschulden eines Angestellten herbeigeführt ist.

Und diese Erwägung führt zu dem letzten Erforderniss, von dem die Haftpflicht des Unternehmers abhängig ist,

5. **Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden und dem Unfall.** — Dieses Erforderniss bedeutet, dass das Verschulden des Angestellten in Ausführung seiner Dienstverrichtungen wirklich den Unfall (den Tod oder die Körperverletzung) herbeigeführt, verursacht hat. Die Worte „verursacht“ in § 1 und „herbeigeführt“ in § 2 des R.H.G. sind synonym. Ob dies Erforderniss im einzelnen Falle zutrifft, wird häufig nur nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände desselben entschieden werden können. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein strikter Nachweis dieses Zusammenhanges in manchen Fällen gar nicht möglich ist und schon eine grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit desselben ausreichen muss. So wenn ein Arbeiter von einem mangelhaften Gerüste herabgestürzt ist, ohne dass ein strikter Nachweis gefordert werden darf, dass ein gleicher Unfall sich bei ordnungsmässiger Beschaffenheit des Gerüstes nicht begeben haben würde. So wenn ein Arbeiser von einer Maschine, bei der die nöthige Schutzvorrichtung fehlt, erfasst und verletzt ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Schutzvorrichtung im vorliegenden Falle wirksam gewesen wäre. So wenn Arbeitern die erforderlichen Schutzbrillen unter Umständen, wo der Unternehmer oder seine Angestellten zu deren Lieferung verpflichtet waren, nicht geliefert sind und nun das Auge eines Arbeiters verletzt

[55]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 303.
[56]) R.O.H.G. Bd. 16 S. 111.

ist, ohne dass der Nachweis erforderlich ist, die Schutzbrille würde die Augenverletzung gehindert haben.[57]) So wenn ein Dampfkessel, bei dem die erforderlichen Sicherheitsvorrichtungen fehlen oder nicht benutzt wurden, explodirt und dabei ein Arbeiter verletzt ist, ohne dass der Nachweis gefordert werden darf, das Vorhandensein oder die bestimmungsmässige Benutzung der Sicherheitsvorrichtungen würde die Explosion verhütet haben.[58]) Eine weitere Ausführung würde dies Erforderniss kaum klarer machen können, da von ihm in hervorragendem Sinne der Satz gilt: magis est facti quam juris.

---

[57]) R.G. Bd. 1 S. 271 u. 275.

[58]) R.O.H.G. Bd. 20 S. 165.

IV. Umfang der Haftpflicht.

§ 385.

A. Einleitung.

Die Obligationen der §§ 1 und 2 des R.H.G. haben dasselbe Objekt. Beide gehen auf Schadensersatz. Der haftpflichtige Betriebsunternehmer ist verpflichtet, die Vermögensnachtheile auszugleichen, welche dem Verletzten und beziehungsweise dessen unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen aus dem Unfalle entstanden sind. „Nur die Schadloshaltung, nicht die Bereicherung des Beschädigten kann das Gesetz im Auge haben," wird in den Motiven des Bundesrathes ausdrücklich hervorgehoben.[1])

Indessen gewährt das R.H.G. nicht vollständigen, sondern nur theilweisen Schadensersatz. Der zu erstattende Schaden umfasst nicht das gesammte Interesse, nicht Alles „quantum mihi abest, quantumque lucrari potui" (lex 13 pr. Dig. 46, 8). Nur bezüglich bestimmter Schadensfolgen ist der Betriebsunternehmer ersatzpflichtig. Diese Schadensfolgen erscheinen als Ausfluss eines Gesammtrechts bezw. einer Gesammtverpflichtung, nämlich des Rechts auf und der Verbindlichkeit zu Schadensersatz. Der Betriebsunternehmer hat zu erstatten:

1. die Heilungskosten,
2. die Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter (entzogener oder geminderter) Erwerbsfähigkeit,
3. die Beerdigungskosten,
4. die Vermögensnachtheile aus entzogenen gesetzlichen Alimentationsrechten.

Dass das Gesetz nur partiellen Schadensersatz gewährt, erhellt einmal aus dem § 3, welcher beginnt: „Der Schadensersatz (§§ 1 und 2) ist zu leisten" und dann exklusiv,[2]) unter Scheidung des Falles der Tödtung und der Körperverletzung, die einzelnen erstattungsfähigen Schadensfolgen anführt, und sodann aus dem § 9, welcher für die landesrechtlichen Haftpflichtfälle die Bestimmungen

---

[1]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3 S. 73.

[2]) **Endemann**, S. 40. R.O.H.G. Bd. 19 S. 396.

der Landesgesetze, welche dem Beschädigten einen höheren Ersatzanspruch gewähren, ausdrücklich aufrecht hält.

Die unter 3 und 4 angeführten Ansprüche haben eine Verletzung mit tödtlichem Ausgange zur Voraussetzung, die unter 1 und 2 können bei Verletzungen mit oder ohne tödtlichen Ausgang gleichmässig vorkommen, bei ersteren jedoch nur unter Voraussetzung, dass der Unfall nicht den sofortigen Tod des Beschädigten bewirkt hat.

Zu den Schadensfolgen, wofür das R.H.G. keinen Ersatzanspruch gewährt, gehören namentlich

1. Sachbeschädigungen, die mit der körperlichen Beschädigung verbunden sein können,

2. Vermögensnachtheile aus Verunstaltung oder Verkrüppelung des Körpers, soweit sie nicht unter Heilungskosten oder Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit subsumirt werden können.

3. Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsgelegenheit, mit dem letzten eben gemachten Vorbehalt.

Der haftpflichtige Betriebsunternehmer darf unter bestimmten Voraussetzungen die Leistungen von Versicherungsanstalten auf die von ihm schuldige Entschädigung anrechnen (R.H.G. § 4); es fragt sich, ob und unter welchen Voraussetzungen ihm Abzüge von der Entschädigung wegen der Leistung anderer Personen aus Anlass des Unfalles zustehen.

Hiernach sind in diesem Abschnitt zu untersuchen

1. die einzelnen erstattungsfähigen Schadensfolgen,

2. Abzüge von der Entschädigung des Betriebsunternehmers wegen der Leistungen dritter Personen, insbesondere der Versicherungsanstalten, an den Ersatzberechtigten aus Anlass des Unfalles.

§ 386.

B. Die einzelnen erstattungsfähigen Schadensfolgen.

I. **Die Heilungskosten.** — Das R.H.G. stellt die Verbindlichkeit des Betriebsunternehmers zur Erstattung der Heilungskosten voran. „Der Schadensersatz (§§ 1 und 2) ist zu leisten 1. im Falle der Tödtung durch Ersatz der Kosten einer versuchten Heilung u. s. w., 2. im Falle einer Körperverletzung durch Ersatz der Heilungskosten[1]) u. s. w.“ Zu den Kosten einer versuchten Heilung gehören auch die Kosten mehrerer etwa nach einander angestellter Heilungsversuche, Kosten einer versuchten Heilung ist gleichbedeutend mit Kosten der etwa versuchten Heilung.[2])

Die Heilungskosten bestehen in dem gesammten Aufwande des Verletzten zur Wiedererlangung der Gesundheit und zur Linderung der Krankheit, namentlich in den besonderen durch die Verletzung veranlassten Unterhaltungskosten

[1]) R.H.G. § 3.

[2]) Endemann S. 40.

während der Krankheit (Aufnahme in ein Krankenhaus, besondere Krankennahrung), sowie in sonstigen Verwendungen zu deren Heilung oder Linderung (Arzt-, Medizinkosten, Kosten einer Badereise u. dgl.); dagegen ist der gewöhnliche Unterhalt des Verletzten — gewöhnliche Nahrung, Wohnung, Kleidung — ausser Zusammenhang mit der Verletzung und gehört nicht zu den Heilungskosten. Der Verletzte bezw. seine Rechtsnachfolger sind in Ansehung des Betrages der Heilungskosten beweispflichtig. Genügen sie dieser Beweispflicht schon durch den Nachweis der Verwendung oder muss noch der weitere Nachweis hinzukommen, dass dieselbe auch eine nothwendige oder diensame war? Wenn auch gewiss nach der Absicht des Gesetzgebers offenbar unnütz aufgewendete Heilungskosten [3]) nicht erstattungsfähig sind, so darf doch der letztere Nachweis nicht gefordert werden, da das Gesetz einen Anspruch auf Erstattung der Heilungskosten schlechthin [4]) gewährt; es ist vielmehr Sache des Haftpflichtigen, die Unangemessenheit der Verwendung zu rügen und nöthigenfalls zu erweisen.

Zweifelhaft ist, ob von den Heilungskosten Ersparungen an dem gewöhnlichen Unterhalt während Dauer der Krankheit in Absatz gebracht werden dürfen. Das Gesetz und dessen Materialien sind über diese Frage schweigsam. Mehrere Kommentatoren behaupten einen solchen Abzug aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung. [5]) Der Verletzte hat in Wirklichkeit nur dasjenige aufgewendet, was er während der Krankheit über seinen gewöhnlichen Unterhalt verbraucht hat. Indessen würde dies Argument nur dann durchschlagen, wenn das Gesetz einen Anspruch auf das volle Interesse gewährte. Das ist nicht der Fall, nur bestimmte Schadensfolgen werden ersetzt, diese aber ohne Abzug. Wie bei den Beerdigungskosten kein Abzug statthaft ist wegen der sonst im Laufe der Zeit voraussichtlich erforderlichen Beerdigung, ebensowenig bei den Heilungskosten wegen etwaiger Ersparungen an dem gewöhnlichen Unterhalt.

Zweifelhaft ist ferner, ob zu den Heilungskosten auch die Kosten für Anschaffung künstlicher Gliedmaassen gehören. Man wird unterscheiden müssen, ob diese Aufwendung zur Wiedererlangung der Gesundheit bezw. zur Linderung der Krankheit oder ob sie zum Ersatz für entzogene Gliedmaassen gemacht wird. Da die Schäden aus Verunstaltung und Verkrüppelung des Körpers nicht erstattungsfähig sind, so wird nur in dem ersten nicht in dem zweiten Falle der Verletzte aus dem Haftpflichtgesetze Erstattung der Kosten für künstliche Gliedmassen beanspruchen können.[6])

Wenn die Verletzung ein lebenslängliches oder lange dauerndes Siechthum und als dessen Folge das Bedürfniss unausgesetzter Pflege, ärztlicher Behandlung und stärkender Beköstigung oder ähnlicher Verwendungen herbeigeführt hat, so

---

[3]) Vgl. C.P.O. § 87 „Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung".

[4]) A. M. Eger S. 297.

[5]) Endemann S. 41, Eger S. 299.

[6]) A. M. Eger S. 299.

kann der Verletzte die voraussichtlichen künftigen Heilungskosten in Form eines Zuschlages zur Rente wegen beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit beanspruchen. So hat das R.G.[7]) einem Bremser mit einer Jahreseinnahme von 1164 Mark eine Jahresrente von 1500 Mark zugebilligt, weil das Siechthum in Folge der Verletzung unausgesetzte Pflege, ärztliche Behandlung und stärkende Beköstigung nöthig mache.

II. **Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit.**

1. Schwieriger und wichtiger ist die zweite Schadenskategorie, wofür der Betriebsunternehmer haftet, Vermögensnachtheile aus entzogener oder geminderter Erwerbsfähigkeit. Sie findet sich sowohl bei Verletzungen mit tödtlichem Ausgang als auch bei einfachen Körperverletzungen; aber in verschiedener Formulirung. Im Falle der Tödtung ist der Schadensersatz zu leisten durch Ersatz „des Vermögensnachtheils, welchen der Getödtete während der Krankheit durch Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erlitten hat“, im Falle der Körperverletzung durch Ersatz „des Vermögensnachtheils, welchen der Verletzte durch eine in Folge der Verletzung eingetretene zeitweise oder dauernde Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet“. Die Fassungsverschiedenheit betrifft vornehmlich zwei Punkte: bei der Tödtung wird nicht ausdrücklich gefordert, dass die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit Folge der Verletzung gewesen sei; nach dem Wortlaut soll Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit während der Krankheit, also auch eine solche Beeinträchtigung, die während der Krankheit aus einem von der Verletzung unabhängigen Grunde eingetreten ist, ausreichen, bei der einfachen Körperverletzung wird dagegen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit in Folge der Verletzung ausdrücklich gefordert; ferner wird nur bei der Körperverletzung nicht bei der Tödtung zeitweise und vorübergehende Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unterschieden. Indessen wird ein materieller Unterschied in diesen Fassungsverschiedenheiten nicht zu finden sein. Es ist nicht abzusehen, warum der Unternehmer im Falle einer Tödtung für eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit, die unabhängig von der Verletzung während der Krankheit entstanden ist, haftpflichtig sein soll; auch bei der Körperverletzung mit tödtlichem Ausgange kann die Entziehung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit eine vorübergehende oder dauernde sein und wird der Richter hierauf bei Abmessung der Entschädigung Rücksicht zu nehmen haben. Vollständiger und korrekter ist hiernach die Formulirung der Schadenskategorie für den Fall der Körperverletzung und wird diese Formulirung auch für den Fall der Tödtung gelten müssen.

Der Gedanke des Gesetzgebers bei dieser Schadenskategorie ist wohl folgender gewesen: der Betriebsunternehmer soll nicht haften für alle nachtheiligen Folgen, welche der Unfall in dem Erwerbe des Verletzten hervorruft. Ein Anwalt, ein Arzt, ein Gewerbtreibender, welcher durch einen Unfall zeitweise oder dauernd seinem Berufe entzogen ist, soll nicht liquidiren dürfen:

---

[7]) R.G. Bd. 3 S. 2.

ohne den Unfall würde meine Praxis, mein Gewerbebetrieb voraussichtlich den und den Umfang genommen haben, ich würde die und die nutzbringenden Geschäfte abgeschlossen haben, ersetze den Schaden, welcher mir durch entzogene **Erwerbsgelegenheit** entstanden ist. Wie bereits vorhin hervorgehoben, braucht der Haftpflichtige nicht das gesammte quantum lucrari potui zu erstatten. Aber auf der anderen Seite sollen auch nicht sämmtliche nachtheilige Folgen, welche der Unfall auf den Erwerb des Verletzten ausübt, diesem zur Last bleiben; in einer, und zwar in einer besonders wichtigen Richtung soll der Haftpflichtige den Verletzten entschädigen. Ist durch den Unfall die **Erwerbsfähigkeit** beeinträchtigt, entweder vollständig (entzogen) oder theilweise (gemindert), entweder dauernd oder vorübergehend, so soll der Betriebsunternehmer den daraus entstandenen Schaden ausgleichen.

Hieraus folgt, dass diese Schadenskategorie bei allen Personen ausfällt, von denen es gewiss ist, dass sie dauernd, auch ohne den Unfall, der Erwerbsfähigkeit entbehren, oder dass sie dauernd die Erwerbsfähigkeit nicht ausnützen. Ist ein unheilbar Wahnsinniger verletzt, so vermag er nicht wegen beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit Schadensersatz zu begehren. Hat die Verletzung einen Rentier oder sonst Jemanden betroffen, der sich von aller Erwerbsthätigkeit fern gehalten hat, so mag der Unfall eine Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt haben, aber nicht die Erwerbsfähigkeit, sondern die Erwerbsthätigkeit schafft den Erwerb, sind und bleiben die Umstände so beschaffen, dass eine Erwerbsthätigkeit ausgeschlossen oder nur unwahrscheinlich ist, so braucht für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit kein Schadensersatz geleistet zu werden.[8])

Wie aber in dem Falle, wenn der Unfall eine noch nicht vorhandene, sondern eine erst in der Entwickelung begriffene, eine künftige Erwerbsfähigkeit trifft, deren demnächstige Entstehung mit grösserer oder minderer Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist? Ein unbesoldeter Referendar oder Gerichtsassessor wird verstümmelt und ihm dadurch die Fortsetzung seines Berufes unmöglich gemacht oder erschwert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes, auf das Strikteste interpretirt, besteht kein Schadensersatzrecht, denn die Entziehung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit hat deren Vorhandensein zur Voraussetzung. Wohl aber ist nach der Billigkeit, der Absicht und nach den Motiven des Gesetzes und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Schadensersatzrecht zu behaupten. Nach der Billigkeit; es ist willkürlich und unbillig, wenn dem verstümmelten Postsekretär ein Schadensersatzrecht gewährt, aber dem verstümmelten Gerichtsassessor versagt wird. Nach der Absicht des Gesetzes; dasselbe will die Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit in Folge des Unfalles ausgleichen, auch derjenige wird in der Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt, bei dem die Voraussetzungen künftiger Erwerbsfähigkeit durch den Unfall zerstört oder gemindert werden. Nach den Motiven des Gesetzes; in den Motiven des

---

8) Vgl. über den sog. Kouponabschneider und Rentier die Aeusserungen des Abgeordneten Reichensperger und des Bundesbevollmächtigten Dr. Falk, Stenographische Berichte von 1871 Bd. 1 S. 598.

Bundesrathes wird zu § 3 hervorgehoben, dass „bei der Formulirung dieses Paragraphen abweichend von dem Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts Art. 1007 ff. und dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen §§ 1489 ff. jede Kasuistik um so mehr vermieden sei, als die dem Richter zugewiesene freie Stellung in Beurtheilung der Thatsachen und Feststellung der Höhe des Schadens mit einer solchen Spezialisirung im Widerspruch stehen würde,"[9]) nun würde aber die Unterscheidung gegenwärtiger und künftiger Erwerbsfähigkeit in das Gesetz eine nicht gewollte Kasuistik hineinbringen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen; bei widerrechtlicher Beschädigung eines freien Menschen wird nach Analogie der lex Aquilia auch für Beeinträchtigung künftiger Erwerbsfähigkeit Schadensersatz geleistet.[10]) Demnach ist auch für Zerstörung oder Minderung einer künftigen Erwerbsfähigkeit Schadensersatz zu leisten.[11])

2. Bei **Abschätzung** der Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit besteht und muss nach der Natur der Sache freies richterliches Ermessen (quantum aequius melius) bestehen. „Die Faktoren bei Berechnung dieses Schadens sind mehr oder minder arbiträr. Das Gesetz bezeichnet diejenigen Umstände, welche bei Abmessung dieses Schadens vorzugsweise von Belang sind. Dahin gehört zunächst, ob die Erwerbsfähigkeit durch den Unfall dauernd oder vorübergehend beeinträchtigt ist; in letzterem Fall besteht ein Schadensersatzrecht nur für die Zeit der Beeinträchtigung. Dahin gehört weiter, ob die Erwerbsfähigkeit durch den Unfall entzogen oder nur gemindert, ob, wie es neuerdings ausgedrückt wird, der Verletzte ganz oder halb invalide ist; in letzterem Fall beschränkt sich die Schadensersatzpflicht auf den Mindererwerb in Folge theilweiser Erwerbsunfähigkeit. Aber es ist häufig schwer oder unmöglich, im Voraus zu bestimmen, ob es sich um dauernde oder vorübergehende Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit, ob es sich um deren Entziehung oder nur Minderung handelt; das Resultat der Erwerbsfähigkeit, der daraus

[9]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3 S. 72.

[10]) lex 13 pr. lex 5 § 3, 6 u. 7 pr. Dig. 9, 2 (insbesondere lex 7 pr. cit.: „qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus").

[11]) Uebereinstimmend Endemann S. 48 u. 49, ferner R.G. 1 S. 276, wo bei einem verletzten noch nicht 7 Jahre alten Kinde der Anspruch auf Ersatz des Vermögensnachtheils, welchen der Verletzte durch die in Folge der Verletzung eingetretene Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet, für begründet erkannt wird. Vgl. auch R.G. Bd. 2 S. 2, wo bei einer Klage auf Fortsetzung der Rente für einen verletzten Knaben wegen Nichteintrittes der erwarteten Wiederherstellung berücksichtigt wird, „was der Kläger, bei dem Unfalle ein Knabe, jetzt nach seinem Lebensalter ohne die erlittene Verletzung würde erwerben können, nicht was er damals als Knabe verdient hat." Ebenfalls übereinstimmend Seuffert, Archiv Bd. 35 S. 264. A. M. Eger S. 320: „War der Verletzte zur Zeit der Verletzung noch nicht erwerbsfähig (z. B. ein Kind), so steht ihm ein Ersatzanspruch auf Grund R.G. § 3 nicht zu, auch wenn seine natürlichen Anlagen bei gehöriger Ausbildung später zu einer erwerbenden Thätigkeit geführt haben würden."

hervorgehende Erwerb, ist ferner mehr oder weniger unsicher. Darum hat das Gesetz mit Recht die Rente, welche in der Regel für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit zu gewähren ist, für variabel erklärt, indem sowohl der Verletzte als auch der Unternehmer bei wesentlich veränderten Umständen deren Erhöhung oder Herabsetzung in Antrag bringen können (vgl. § 389).

Der einfachste Fall ist folgender: der Unfall zerstört eine bereits zu voller Entwickelung gelangte Erwerbsfähigkeit. Alsdann ist der Reinertrag dieser Erwerbsfähigkeit auf die Lebenszeit des Verletzten zu ersetzen, sofern nicht etwa feststeht, dass derselbe sich ohne den Unfall demnächst erhöht oder gemindert haben würde. Einem Beamten ist also zu gewähren, was er aus seinem Amte an Gehalt, an Wohnungsgeldzuschuss, an sonstigen Nebenbezügen erworben haben würde, jedoch in der Regel abzüglich einer ihm gebührenden Pension (vgl. § 387), einem Anwalt, einem Arzt, einem Gewerbtreibenden, einem Arbeiter, was er voraussichtlich unter Ausnutzung seiner Erwerbsfähigkeit verdient haben würde. Dabei kommen in Betracht, zunächst und vorzugsweise die wirthschaftlichen Resultate der Erwerbsfähigkeit des Verletzten in der Vergangenheit, nach vollständig entwickelter Erwerbsfähigkeit, namentlich in dem letzten Jahre vor dem Unfalle, dann aber auch zur Vergleichung die Erwerbsresultate anderer Personen in ähnlicher äusserer Lage und mit ähnlichen Fähigkeiten. Aenderungen im Resultate der Erwerbsfähigkeit, sowohl Erhöhungen als auch Minderungen, hat der Richter nur dann in Betracht zu ziehen, sofern sie voraussichtlich ohne den Unfall eingetreten wären,[12]) namentlich wird eine Aenderung der Arbeitsmodalität (Uebergang von einem Erwerbszweige zum anderen) nur dann der Schadensrechnung zu Grunde gelegt werden dürfen, wenn der Verletzte bereits vor dem Unfalle die Vorbereitungen zu dieser Aenderung getroffen hat.

Schwieriger ist schon die Berechnung, wenn der Unfall eine bereits ausgebildete Erwerbsfähigkeit nicht zerstört, sondern nur dauernd mindert. Alsdann ist dem Verletzten die Differenz zwischen dem Resultate voller und geminderter Erwerbsfähigkeit auf Lebenszeit zu gewähren. Die Schwierigkeit besteht darin, dass eine genaue oder eine annähernde Berechnung des Werthes der geminderten Erwerbsfähigkeit häufiger kaum thunlich sein wird. Auf die Umstände des vorliegenden Falles wird sorgfältige Rücksicht zu nehmen sein bei Entscheidung der Frage, ob die Erwerbsfähigkeit entzogen oder nur gemindert ist; Uebergang zu einem anderen Erwerbszweige wird in der Regel nicht vom Verletzten gefordert werden dürfen; der Haftpflichtige kann sich der Entschädigung nicht ganz oder theilweise dadurch entziehen, dass er dem Verletzten Beschäftigung anbietet; durch Gewährung der Entschädigung erhält er kein Anrecht auf Ausnutzung des Restes der Erwerbsfähigkeit des Verletzten.[13])

Besteht die Entziehung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit nur auf Zeit, so ist, wie bereits hervorgehoben, nur für diese Zeit ein Schadensersatzanspruch begründet.

---

[12]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 14 S. 341.
[13]) R.O.H.G. Bd. 19 S. 12, Bd. 21 S. 354. R.G. 1 S. 281.

Noch grösser sind die Schwierigkeiten bei Abmessung des Schadens, wenn der Unfall eine völlig oder theilweise unentwickelte Erwerbsfähigkeit trifft und diese dauernd oder vorübergehend stört oder zerstört. An Schaden ist zu gewähren, was der Verletzte ohne den Unfall voraussichtlich durch seine Erwerbsfähigkeit gewonnen haben würde. Ein Schadensersatzanspruch besteht selbstverständlich nur für diejenige Zeit, wo ohne den Unfall Erwerbsfähigkeit bestanden haben würde. Bei Bemessung des Schadens werden häufiger nur die Erwerbsresultate von Personen in ähnlicher äusserer Lage wie der Verletzte einen Anhalt geben können. Die Schwierigkeit der Abmessung des Schadens kann selbstverständlich kein Grund zur Versagung des Schadensersatzanspruches selbst sein.

In allen Fällen ist es Sache des Verletzten, dem Richter diejenigen Anhaltspunkte an die Hand zu geben, welche als Grundlage zur Abmessung des Schadens dienen müssen,[14]) wogegen andererseits der Schadensersatzpflichtige diejenigen Umstände darzulegen hat, welche den Umfang seiner an sich begründeten Schadensersatzpflicht mindern.

III. **Die Beerdigungskosten.** — Der Anspruch auf Beerdigungskosten hat eine Körperverletzung mit tödtlichem Ausgange zur Voraussetzung. Der Zeitpunkt des Todes ist gleichgiltig, jedoch muss der Tod nachweislich durch den Unfall herbeigeführt sein.

Zu den Beerdigungskosten gehört nur dasjenige, was angemessen zum Zweck der Beerdigung aufgewendet ist; die Rechtsnachfolger des Verletzten genügen aber hier wie bei den Heilungskosten ihrer Beweispflicht durch den Nachweis der Aufwendung, es ist Sache des Haftpflichtigen, die Angemessenheit der Verwendung zu beanstanden und nöthigenfalls ihre Unangemessenheit zu erweisen.

IV. **Vermögensnachtheile aus entzogenen Alimentationsrechten (Alimentationsersatzanspruch).** — Der Haftpflichtige hat die bislang untersuchten Schadensfolgen — Heilungskosten, Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit, Beerdigungskosten — dem Verletzten bezw. dessen Rechtsnachfolgern (Universal- und Singularsuccessoren) zu erstatten. Eine Schadensersatzobligation entsteht durch den Unfall in der Regel lediglich zwischen dem Verletzten und dem Unternehmer.[15]) Nur in einem Falle geht das Gesetz weiter und gewährt dritten durch den Unfall nicht unmittelbar betroffenen Personen aus eigenem Rechte einen Alimentationsersatzanspruch.

Derselbe wird in § 3 Z. 1 des Gesetzes dahin formulirt: **„War der Getödtete zur Zeit seines Todes vermöge Gesetzes verpflichtet, einem Andern**

[14]) Vgl. über Abmessung des Schadens für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit namentlich: R.O.H.G. Bd. 8 S. 369, Bd. 14 S. 43, 341, Bd. 16 S. 176, Bd. 19 S. 12, Bd. 22 S. 154. R.G. Bd. 2 S. 3, Bd. 3 S. 2.

[15]) A. M. Endemann S. 51 u. 52, welcher demjenigen, der die Heilungs- und Beerdigungskosten aufgewendet hat, aus eigenem Rechte auf Grund der Verwendung einen Ersatzanspruch gegen den Unternehmer gewährt. Aber ein solcher Anspruch wäre singulär und aus der Fassung einerseits der §§ 1 u. 2 und andererseits des § 3 (vgl. auch § 8) wird zu entnehmen sein, dass abgesehen von der Ausnahme im § 3 der Unfall nur eine Obligation zwischen Verletzten und Unternehmer erzeugt.

Unterhalt zu gewähren, so kann dieser insoweit Ersatz fordern, als ihm in Folge des Todesfalles der Unterhalt entzogen worden ist."

Die Voraussetzungen dieses Anspruches sind:

1. Tod des Verletzten. Der Alimentationsanspruch beginnt erst mit dem Todestage. Allerdings kann das Alimentenrecht schon vorher beeinträchtigt sein, indem der Verletzte in Folge des Unfalls während der Krankheit in geringerem Umfange zur Alimentenleistung befähigt und verpflichtet war, aber das Gesetz gewährt nur für den in Folge des Todes, nicht auch für den in Folge des Unfalls entzogenen Unterhalt Ersatz. Auch hier besteht daher kein Recht auf vollen Schadensersatz.

2. Gesetzliche Verpflichtung des Getödteten zur Alimentation. Thatsächliche oder vertragsmässige Gewährung des Unterhalts ist nicht ausreichend; „vermöge Gesetzes" — ipsa lege — muss der Getödtete zur Alimentenleistung verpflichtet gewesen sein. Dieses Erforderniss bemisst sich nach den einzelnen deutschen Landesrechten, da die Verbindlichkeit zur Gewährung des Unterhalts bislang nicht reichsgesetzlich geordnet ist.[16])

3. Bestehen dieser Verpflichtung zur Zeit des Todes des Verletzten, d. h. der rechtliche Zustand, woran das Gesetz die Alimentationsverbindlichkeit knüpft, z. B. Ehe, Verwandtschaft, aussereheliche Schwängerung muss zur Zeit des Todes bestanden haben. Dagegen können die thatsächlichen Voraussetzungen der Alimentationsverbindlichkeit, Bedürftigkeit, Geburt des Kindes, Niederkunft der ausserehelich Geschwängerten auch später eintreten.[17]) Bestehen der Alimentationsverbindlichkeit zur Zeit des Unfalls ist weder erforderlich noch ausreichend. Auch die nach dem Unfalle erzeugten Kinder, auch, falls der Verletzte nach dem Unfalle geheirathet hat, seine Wittwe hat einen Ersatzanspruch.[18]) Hat der Alimentationsanspruch zwar zur Zeit des Unfalls bestanden, ist er aber aus irgend einem Grunde, z. B. rechtskräftiges Scheidungsurtheil, vor dem Tode des Verletzten weggefallen, so besteht kein Ersatzanspruch.

4. Gänzliche oder theilweise Entziehung des Alimentenrechts durch den Tod des Verletzten. Der Ersatzanspruch besteht nur, soweit dem Berechtigten in Folge des Todes der Unterhalt rechtlich oder thatsächlich entzogen ist. In der Regel erlischt der Unterhaltsanspruch mit dem Tode des Verpflichteten, dessen Erben succediren nicht pro futuro in die Unterhaltspflicht, soweit dies aber ausnahmsweise, wie z. B. meist bei dem Unterhaltsanspruch ausserehelicher Kinder gegen den natürlichen Vater der Fall ist, haftet doch der Unternehmer, soweit die Erben zur Leistung des schuldigen Unterhalts ausser Stande sind.[19])

Beim Zusammentreffen dieser Voraussetzungen ist dem Unterhaltsberechtigten vom Todestage an[20]) insoweit Ersatz zu leisten, als ihm in Folge des Todes-

---

[16]) Vgl. die Uebersicht der deutschen Landesrechte bei Eger S. 342 ff.

[17]) R.O.H.G. Bd. 23 S. 197.

[18]) R.O.H.G. Bd. 24 S. 113. R.G. Bd. 1 S. 49.

[19]) R.O.H.G. Bd. 13 S. 23. Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 2 § 174.

[20]) R.O.H.G. Bd. 13 S. 87.

falles der Unterhalt entzogen ist. Der Haftpflichtige tritt daher bezüglich der Unterhaltungspflicht an Stelle des Getödteten, er hat dessen Unterhaltungspflicht zu erfüllen. Der Unterhaltungsberechtigte hat gegen ihn einen Alimentationsersatzanspruch, dessen Dauer und Umfang sich darnach richtet, auf wie lange Zeit und in welchem Maasse der Getödtete voraussichtlich ohne den Unfall zur Alimentenleistung rechtlich verpflichtet gewesen wäre. Hiernach besteht der Alimentationsanspruch nur für die präsumtive Lebensdauer des ursprünglich Verpflichteten (des Getödteten);[21] hiernach kommen dem Haftpflichtigen alle Umstände, z. B. der Erwerb eigenen Vermögens durch den Unterhaltsberechtigten, eigene Erwerbsfähigkeit desselben, Wiederverheirathung der Wittwe des Getödteten zu Gute, wenn und soweit sie nach dem maassgebenden Landesrecht die Alimentationspflicht des ursprünglich Verpflichteten aufgehoben oder ermässigt hätten.[22] Ist daher Bedürftigkeit Voraussetzung des Alimentationsanspruches, so muss der Unterhaltsberechtigte zunächst sein eigenes Vermögen auf seinen Unterhalt verwenden und hat erst nach dessen Erschöpfung ein Ersatzrecht gegen den Haftpflichtigen.[23] Hat die Wittwe des Verletzten sich wieder verheirathet, so erlischt ihr Alimentationsanspruch, soweit ihr zweiter Ehemann zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet und im Stande ist; für die Differenz zwischen der Alimentenleistung des ersten und des zweiten Ehemannes bleibt der Unternehmer allerdings verhaftet.[24] Durch das Vorhandensein anderer alimentationspflichtiger Personen wird der Haftpflichtige nur soweit liberirt, wie nach dem maassgebenden Landesrecht der ursprünglich Verpflichtete dadurch liberirt wäre.

Bei Bestimmung des Umfangs und der Dauer des Alimentationsersatzanspruches kommen die wirthschaftlichen und socialen Verhältnisse des ursprünglich Verpflichteten in Betracht. Der Richter wird zu prüfen haben, wie viel von seinem Einkommen der Getödtete auf den Unterhalt von Frau und Kindern, von Vater und Mutter u. s. w. verwendet hat und verwenden musste. Der Haftpflichtige succedirt zwar nicht ohne Weiteres in das Maass der Leistungen des Getödteten an seine unterhaltsberechtigten Angehörigen, sondern nur in dessen Unterhaltungspflicht, er braucht daher nicht zu zahlen, was der ursprünglich Verpflichtete über seine gesetzliche Verbindlichkeit hinaus aufgewendet hat; da indessen Liberalitäten nicht vermuthet werden, so wird die thatsächliche Leistung des Getödteten an seine Angehörigen in den meisten Fällen den Maassstab für Bemessung des Umfangs der Ersatzleistung des Haftpflichtigen abgeben können.[25] Bei Kindern wird man annehmen dürfen, dass sie den Lebensberuf der Eltern fortsetzen, darnach wird den Kindern eines studirten Beamten, eines Arztes, eines Anwalts auf längere Zeit

---

[21]) R.O.H.G. Bd. 14 S. 406.

[22]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 13 S. 87, Bd. 14 S. 407.

[23]) Das R.O.H.G. Bd. 13 S. 24 erachtet mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte das eigene Vermögen der ersatzberechtigten Kinder für unerheblich.

[24]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 347, Bd. 24 S. 366.

[25]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 14 S. 341, Bd. 18 S. 3, Bd. 23 S. 299 u. 330.

ein Alimentationsanspruch zustehen wie den Kindern eines unteren Beamten oder eines einfachen Arbeiters. Im Uebrigen gilt auch hier, wie bei Abschätzung der Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit der Satz: quantum aequius melius. Freies richterliches Ermessen kann nur im einzelnen Falle, unter sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände desselben den Alimentationsersatzanspruch feststellen. Die Rente, worin derselbe in der Regel entrichtet werden soll, ist bei wesentlich veränderten Verhältnissen variabel (vgl. § 389).

Der Haftpflichtige succedirt lediglich in die Unterhaltungspflicht, nicht in andere Rechtspflichten des Getödteten gegenüber seinen Angehörigen, namentlich ist er zur Gewährung einer Aussteuer bei deren Verheirathung nicht verpflichtet.[26])

§ 387.

C. Abzüge von der Entschädigung wegen der Leistungen dritter Personen an den Ersatzberechtigten, insbesondere wegen der Leistungen von Versicherungsanstalten.

I. Wie bereits früher hervorgehoben (§§ 379 und 383) können durch den Unfall mehrere Obligationen auf Schadensersatz zur Entstehung kommen. Diese mehreren Obligationen sind Solidarobligationen, was daher der Ersatzberechtigte von dem einen Schuldner, z. B. von dem schuldhaften Urheber des Unfalles, oder von einem andern haftpflichtigen Unternehmer erhalten hat, das kann er nicht nochmals fordern. Dem würde der schon früher angezogene Satz entgegenstehen: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur (lex 57 Dig. 50, 17).[1])

Aber es können auch durch den Unfall manche Leistungen dritter Personen an den Ersatzberechtigten hervorgerufen werden, die weder direkt noch indirekt Zahlungen auf die Schadensersatzobligation des Haftpflichtigen sind, bei denen es aber trotzdem zweifelhaft ist, ob sie nicht die Entschädigung des Haftpflichtigen mindern oder darauf einzurechnen sind. Ein Beamter wird durch den Unfall dienstunfähig, er wird des Amtes entlassen, erhält aber eine Pension; Leben oder Gesundheit des Verletzten sind versichert gewesen, er selbst oder seine Hinterbliebenen erhalten aus Anlass des Unfalles ein Kapital oder eine Rente; die Mildthätigkeit wird durch den Unfall angeregt, dem Verletzten oder seinen Hinterbliebenen werden aus Anlass des Unfalles Schenkungen gemacht. Kommen diese Leistungen dritter Personen auf die Entschädigung des Haftpflichtigen in Ansatz?

In den Motiven des Bundesrathes wird zu dem § 5 des Entwurfes (§ 6 des Gesetzes) bemerkt: „Als selbstverständlich darf vorausgesetzt werden, dass der Richter bei Abschätzung des Schadens auch darauf werde Rücksicht zu nehmen haben, ob etwa dem Verletzten oder den Hinterbliebenen des Getödteten

[26]) R.O.H.G. Bd. 23 S. 219.

[1]) Vgl. Römer in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 18 S. 16 ff.

insbesondere auf Grund von Leistungen des Ersatzpflichtigen Pensions- oder sonstige Entschädigungsansprüche zur Seite stehen. Nur die Schadloshaltung, nicht die Bereicherung des Beschädigten kann das Gesetz im Auge haben."[2]) Ein Abänderungsantrag zu dem § 4 des Gesetzes, dahin: „Beziehen der Verletzte oder die Erben des Getödteten aus Veranlassung des Unfalles irgend eine Pension, so ist diese von der zu leistenden Gesammtentschädigung abzurechnen",[3]) wurde zurückgezogen, nachdem der Bundesbevollmächtigte Dr. Falk denselben als unnöthig bezeichnet hatte, weil der Verletzte keinen Schaden habe, „wenn er in Folge des Unfalles und um des Unfalles willen anderwärts Entschädigung bekommt".[4]) Aber auf der anderen Seite wird die Einrechnung der Leistungen von Versicherungsanstalten durch das Gesetz von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht und haben mehrere Abgeordnete im Reichstage ausgeführt, dass die Versicherungssumme auf die Ersatzsumme nicht in Anrechnung komme, wenn der verletzte Arbeiter aus eigenen Mitteln gegen den Unfall versichert gewesen sei.[5]) Daher kann aus den Materialien des Gesetzes eine bestimmte Willensmeinung des Gesetzgebers nicht entnommen werden; die vorhin aufgeworfene Frage gehört zu den zahlreichen Zweifelsfragen des R. H. G.

Auf die Entschädigung des Haftpflichtigen wird — vorbehältlich der gleich anzuführenden Ausnahme — die Pension, also der Unterhalt, welchen Reich, Staat oder Kommunalverband ihren früheren Beamten nach der Dienstentlassung in Folge unverschuldeter Dienstunfähigkeit schulden, einzurechnen sein.[6]) Der Pensionsanspruch originirt aus der Dienstanstellung, er gehört zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Beamten aus dem Dienstverhältniss. Der Unterhaltungsanspruch des Beamten überdauert das Dienstverhältniss, er erlischt nur theilweise mit dessen Beendigung, indem unter bestimmten Voraussetzungen dem dienstunfähig gewordenen Beamten eine Quote seines Gehaltes als Pension verbleibt. Der Beamte, welcher in Folge des Unfalles mit Pension aus dem Dienste entlassen wird, ist daher nicht um seine volle Besoldung, sondern um seine Besoldung unter Abzug der Pension beschädigt, folgeweise kann er auch aus dem Grunde beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit nur seine Besoldung unter Abzug der Pension fordern. Anders, wenn ausnahmsweise die Pension eine Leistung des Dienstherrn für besondere Gegenleistungen, z. B. Gehaltsabzüge des Beamten, ist; in diesem Falle hat die Pension den Karakter einer Versicherung für den Fall der Dienstunfähigkeit und ist ihre Einrechnung auf die Entschädigung des Haftpflichtigen nur unter den Voraussetzungen im § 4 des Gesetzes statthaft.

Die Leistungen von Versicherungsanstalten können nur insoweit auf die Entschädigung des Haftpflichtigen eingerechnet werden, als sie ihrem Gegenstande nach einrechnungsfähig sind, d. h. denselben Zweck verfolgen wie die Entschädigung des Haftpflichtigen. Erachtet man, in Uebereinstimmung mit der

[2]) Stenographische Berichte von 1871 B. 3 S. 73.
[3]) Ibid. S. 296.
[4]) Ibid. Bd. 1 S. 616.
[5]) Ibid. Bd. 1 S. 613 u. 615.
[6]) A. M. Eger S. 411 ff.

wohl herrschenden Ansicht, die Lebens- und Gesundheitsversicherungen für eigenartige Schadensversicherungen,[7]) dann dürfte, ungeachtet des dawider im Reichstage angeführten Grundes — res inter alios acta —[8]) ihre Einrechnung den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts gemäss sein. Ein Schaden kann nur **einmal** ersetzt werden,[9]) die Schadenszahlung der Versicherungsanstalt kommt daher dem zur Schadensleistung verpflichteten Unternehmer zu Gute. Dazu kommt, dass demjenigen, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, auch der von diesem Ereigniss verursachte Gewinn gebührt.[10]) Indessen ist eine eingehende Prüfung dieser Frage unnöthig, da das Gesetz im § 4 die Einrechnung der Leistungen der Versicherungsanstalten auf die Entschädigung des Haftpflichtigen von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, folglich nach einem ganz unabweislichen argumentum e contrario die Einrechnung nicht stattfindet, wenn nicht diesen Voraussetzungen genügt ist. Leistungen von Versicherungsanstalten können daher nur unter den Voraussetzungen im § 4 des Gesetzes auf die Entschädigung des Haftpflichtigen eingerechnet werden.

Bei freiwilligen Zuwendungen dritter Personen wird zu unterscheiden sein, ob der Unfall lediglich Motiv der Schenkung war, oder ob die Zuwendungen gerade zu dem Zwecke geschehen sind, die eine oder andere der Schadensfolgen, welche der Haftpflichtige zu tragen hat, auszugleichen. Nur in letzterem Falle sind sie einrechnungsfähig und zwar aus dem schon vorher angeführten Grunde, dass ein Schaden nur einmal ersetzt werden kann.

II. Der § 4 des Gesetzes, welcher die Einrechnung der Leistungen von Versicherungsanstalten auf die Entschädigung des Haftpflichtigen regulirt, hat folgenden Wortlaut:

> **„War der Getödtete oder Verletzte unter Mitleistung von Prämien oder andern Beiträgen durch den Betriebsunternehmer bei einer Versicherungsanstalt, Knappschafts-, Unterstützungs-, Kranken- oder ähnlichen Kasse gegen den Unfall versichert, so ist die Leistung der Letzteren an den Ersatzberechtigten auf die Entschädigung einzurechnen, wenn die Mitleistung des Betriebsunternehmers nicht unter einem Drittel der Gesammtleistung beträgt.“**

Die Voraussetzungen, an welche das Gesetz die Einrechnung knüpft, sind folgende:

1. Der Verletzte (die von dem Unfall, Tödtung oder Körperverletzung, betroffene Person) muss gegen den Unfall bei einer Versicherungsanstalt oder bei einer Kasse (Knappschafts-, Unterstützungs- und Krankenkassen werden beispielsweise hervorgehoben) versichert gewesen sein. Das bedeutet, in Verbindung mit dem übrigen Inhalt des § 4: dem Ersatzberechtigten muss aus Anlass des Unfalles ein solcher Anspruch gegen die Versicherungsanstalt oder Kasse zustehen, welcher nach seinem Gegenstande der Einrechnung auf die

[7]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 3 § 198.

[8]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 1 S. 613, vgl. auch R.O.H.G. Bd. 13 S. 27.

[9]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 § 121 Nr. 10.

[10]) Ibid. Bd. 2 § 327.

Entschädigung des Haftpflichtigen fähig, also ganz oder theilweise die von dem Haftpflichtigen zu erstattenden Schadensfolgen zu decken geeignet ist. Gleichgültig ist, von wem der Versicherungsvertrag abgeschlossen ist, ob von dem Verletzten, dem Unternehmer, dem Ersatzberechtigten oder einer dritten Person, ferner, ob das aus diesem Vertrage entstandene Rechtsverhältniss eine Versicherung im technischen Sinne ist, endlich, ob die Versicherung für haftpflichtige Unfälle oder für Betriebsunfälle überhaupt oder auch allgemein für Gefahren gegen Leben oder Gesundheit abgeschlossen ist.

2. Der Betriebsunternehmer muss sich bei dieser Versicherung durch Mitleistung von Prämien oder andern Beiträgen betheiligt haben, das Aequivalent für den Anspruch gegen die Versicherungsanstalt oder die Kasse muss ganz[11]) oder theilweise von ihm beschafft sein, und zwar muss seine Leistung (was er an Prämien oder andern Beiträgen bezahlt hat) mindestens ein Drittel der Gesammtleistung, d. h. der Prämien oder andern Beiträge, welche gleichgültig von wem an die Versicherungsanstalt oder Kasse als Aequivalent für den betreffenden Anspruch gezahlt sind, betragen haben. Ob der Betriebsunternehmer in Folge rechtlicher Verpflichtung oder freiwillig dieses Drittel oder mehr bezahlt hat, ob seine Mitleistung gerade in jedem Jahre den Minimalbetrag eines Drittels erreicht hat, darauf kommt es nicht an; erforderlich ist aber für den gewöhnlichen Fall — dass nämlich für die Versicherung periodisch wiederkehrende Beiträge zu entrichten sind —, dass der Unternehmer sich dauernd, nachhaltig, nicht bloss gelegentlich durch freiwillige Beiträge bei der Versicherung des Verletzten betheiligt hat, weil sonst eine Willensmeinung desselben, sich an der betreffenden Versicherung betheiligen zu wollen, nicht vorliegt.[12])

Die Rechtsfolge beim Zusammentreffen dieser Voraussetzungen ist **Einrechnung der Leistung** der Versicherungsanstalt oder Kasse auf die Entschädigung des Haftpflichtigen. Aus dem Worte „einrechnen“ folgt, dass beide Leistungen, die Zahlung der Versicherungsanstalt oder Kasse und die Entschädigung des Haftpflichtigen, denselben Zweck verfolgen müssen; Heilungs- oder Beerdigungskosten können nicht auf ein Kapital oder eine Rente für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit oder für entzogenen Unterhalt eingerechnet werden.[13]) Hat der Ersatzberechtigte (der ursprünglich Berechtigte oder dessen Rechtsnachfolger) Zahlung von der Versicherungsanstalt oder Kasse erhalten, so mindert sich seine Schadensersatzforderung um den entsprechenden Betrag. Aber auch nur die Leistung der Versicherungsanstalt oder Kasse, nicht das Bestehen eines Anspruches gegen dieselbe mindert die Entschädigung des Haftpflichtigen; derselbe hat nicht die Einrede der Vorausklage oder Theilung mit Rücksicht auf die Forderung, sondern kann nur verlangen, dass ihm dieselbe

[11]) Das Gesetz erfordert nur Drittelleistung des Unternehmers; Vollleistung des Unternehmers muss als plus dieselbe Wirkung haben. A. M. Endemann S. 57, unter Hinweis auf die Absicht des Gesetzes, die sog. kooperativen Kassen zu fördern.

[12]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 13 S. 24 ff., Bd. 22 S. 259.

[13]) Uebereinstimmend im Resultate Endemann S. 60 und Eger S. 435; beide argumentiren aus dem Worte „Ersatzberechtigter“ nicht aus dem Worte „einrechnen“.

gegen Zahlung abgetreten wird. Denn das Gesetz verordnet nur die Einrechnung der Leistung, d. h. der Zahlung, nicht der Forderung.

Der Haftpflichtige hat die Voraussetzungen des Beneficiums im § 4 mit Einschluss der Leistung der Versicherungsanstalt oder Kasse im Wege der Einrede geltend zu machen.

Die mehrfach aufgestellte Ansicht,[14]) dass die Leistung der Versicherungsanstalt oder Kasse auch beim Fehlen der zweiten Voraussetzung des § 4 auf den Unterhaltsersatzanspruch angerechnet werden müsse, weil der Haftpflichtige den Hinterbliebenen nur den in Folge des Todesfalles entzogenen Unterhalt zu gewähren habe, dürfte in dieser Ausdehnung unrichtig sein. Wie bereits früher ausgeführt, succedirt der Haftpflichtige in die Unterhaltungspflicht des Getödteten; die an sich nicht einrechnungsfähige Leistung der Versicherungsanstalt oder Kasse liberirt ihn daher nur, soweit sie den ursprünglich Verpflichteten (den Getödteten) liberirt haben würde. Für diese Frage ist das im einzelnen Falle anwendbare Landesrecht entscheidend. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen § 1845 tritt z. B. die Unterhaltungspflicht der Eltern gegen erwerbsunfähige Kinder schon ein, wenn die Früchte des Vermögens der Kinder zu deren Unterhalt nicht ausreichen. Im Geltungsbereiche dieses Gesetzbuches würden daher dem Haftpflichtigen nur die Zinsen der Leistung der Versicherungsanstalt oder Kasse an die Kinder zu Gute kommen, ausser wenn allen Voraussetzungen des § 4 genügt ist.

III. Ueber die Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit der Bestimmung im § 4 ist bereits im Reichstage lebhaft gestritten. Das Gesetz regelt die Haftpflicht für bestimmte gefährliche Unternehmungen, nicht die Haftpflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitern. Der § 4 bringt ein fremdartiges Element in das Gesetz, indem er nur für das Verhältniss des Arbeitgebers und Arbeitnehmers praktische Bedeutung hat. Aber der Gesetzgeber mochte mit Recht es für zweckmässig halten, die Einrechnung der Versicherungssummen auf die Entschädigung des Haftpflichtigen von dem Vertragsverbot des § 5 auszunehmen, und mochte die Gelegenheit des Haftpflichtgesetzes benützen, um sogenannte kooperative, auf gemeinschaftlichen Leistungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer basirende Versicherungen der letzteren gegen Gefahren für Leben und Gesundheit anzuregen und zu fördern. Die Bestimmung der Mitleistung des Unternehmers auf ein Drittel der Gesammtleistung hat in früheren Gesetzen Präcedenzfälle (Preussisches Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 175, Preussische Gewerbenovelle vom 9. Februar 1849 § 58). Ein Zwang zu sogenannten kooperativen Versicherungen wird durch das Gesetz in keiner Weise herbeigeführt. Ohne den § 4 würde die Einrechnung von Versicherungssummen auf die Entschädigung des Haftpflichtigen, auch ohne Mitleistung des Haftpflichtigen, mindestens kontrovers geworden sein; berechtigte Interessen der Arbeiter werden daher durch den § 4 gewiss nicht verletzt.

---

[14]) Vgl. z. B. Römer a. a. O. S. 21, Endemann S. 62.

V. Das Verbot einer vertragsmässigen Ausschliessung oder Beschränkung der Haftpflicht.

§ 388.

Den Obligationen der §§ 1 und 2 des Haftpflichtgesetzes ist ausser dem Objekt der Entschädigung auch der absolute Karakter gemeinsam; der § 5 des Gesetzes bestimmt:

„Die in den §§ 1 und 2 bezeichneten Unternehmer sind nicht befugt, die Anwendung der in den §§ 1 bis 3 enthaltenen Bestimmungen zu ihrem Vortheil durch Verträge (mittelst Reglements oder durch besondere Uebereinkunft) im Voraus auszuschliessen oder zu beschränken.

Vertragsbestimmungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, haben keine rechtliche Wirkung."

Das Vertragsverbot des § 5 ist dem H.G.B. Art. 423 und dem preussischen Gesetz vom 3. Mai 1869 nachgebildet. Der Art. 423 verbietet den Eisenbahnen, in bestimmten Richtungen ihre gesetzliche Haftpflicht für den Gütertransport zu ihrem Vortheil durch Verträge (mittelst Reglements oder durch besondere Uebereinkunft) im Voraus auszuschliessen oder zu beschränken, mit der Wirkung, dass entgegenstehende Vertragsbestimmungen nichtig sind; das preussische Gesetz enthält für die preussischen Eisenbahnen ein mit dem § 5 übereinstimmendes Vertragsverbot bezüglich der Haftpflicht für Personalbeschädigungen im § 25 des preussischen Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. Novbr. 1838.

Der § 5 ist veranlasst durch die nahe liegende Befürchtung, die Unternehmer von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken möchten ihre überlegene Stellung gegenüber ihren Angestellten, Arbeitern und anderen Personen, mit denen sie Verträge abschliessen, zu einer vertragsmässigen Minderung oder Ausschliessung der Haftpflicht missbrauchen und dadurch die wohlthätige Absicht des Gesetzes, durch strenge Regulirung der Haftpflicht Unfällen thunlichst vorzubeugen und den Beschädigten ausreichenden Schadensersatz zu gewähren, beeinträchtigen oder vereiteln. Darum ist die gesetzliche Haftpflicht in ihren wichtigsten Richtungen der Vertragsfreiheit entzogen.[1])

---

[1]) Vgl. Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3 S. 72 u. 73.

Das Vertragsverbot des § 5 wendet sich nur an die Unternehmer, offenbar aus dem Grunde, weil sie allein ein Interesse an Ermässigung oder Ausschliessung der Haftpflicht haben. Uebrigens wurde auch ein aus der Initiative des Verletzten hervorgegangener Vertrag dem § 5 unterliegen, weil dieser alle entgegenstehenden Vertragsbestimmungen, ohne Rücksicht von wem sie ausgegangen sind, für wirkungslos erklärt.

Die Unternehmer sollen weder durch allgemeine, auf Grund von Reglements mit mehreren Personen beabsichtigte, noch durch besondere ohne Grundlage eines Reglements mit einzelnen Personen abgeschlossene Verträge die gesetzliche Haftpflicht, wie sie in den §§ 1, 2 und 3 des Gesetzes geregelt ist, zu ihrem Vortheil ausschliessen oder beschränken. Das Vertragsverbot bezieht sich also auf den ganzen Inhalt der §§ 1—3, soweit er dem Verletzten oder seinen unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen vortheilhaft ist. Daher dürfen weder die Voraussetzungen noch der Inhalt noch der Umfang der Haftpflicht noch die Beweislast vertragsmässig zum Vortheil des Haftpflichtigen abweichend von den Bestimmungen in den §§ 1—3 des Gesetzes regulirt werden. Auf die anderen Bestimmungen des Gesetzes, namentlich auf die Einrechnung der Versicherungssumme (§ 4) bezieht sich das Verbot nicht. Dasselbe ist nur gerichtet gegen Einschränkungen der Haftpflicht, daher sind vertragsmässige Erweiterungen derselben, z. B. Erhöhung der Schadensbeträge, Ausdehnung der Haftpflicht auf die Unternehmer bei der Landwirthschaft oder dem Baugewerbe durchaus statthaft.

Nur solche Verträge sind verboten, welche **im Voraus** die gesetzliche Haftpflicht ausschliessen oder beschränken. Im Voraus bedeutet im § 5 wie im Art. 423 vor der Beschädigung, vor dem Unfall, nicht etwa vor dem Urtheil. Das ist völlig klar nach dem ganzen Zusammenhang des Gesetzes. Der § 5 entzieht die Rechtssätze der §§ 1—3 in ihren wichtigsten Richtungen der Vertragsfreiheit; „im Voraus“ muss sich daher auf dasjenige Ereigniss beziehen, woran die §§ 1—3 Rechtsfolgen anknüpfen; das aber ist der Unfall (§ 1 „getödtet oder körperlich verletzt wird“, § 2 „den Tod oder die Körperverletzung herbeigeführt hat“, § 3 „im Falle der Tödtung“, „im Falle der Körperverletzung“). Schon hierdurch widerlegen sich die Bedenken Egers S. 462 ff. Nach eingetretenem Unfalle ist daher eine vertragsmässige Regulirung der Schadensfolgen, auch abweichend von den §§ 1—3 des Gesetzes statthaft. Uebrigens haben die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen ein eigenes von dem Verletzten unabhängiges Recht auf Ersatz des entzogenen Unterhalts, worüber daher der Verletzte und der haftpflichtige Unternehmer nicht rechtswirksam paktiren können.[2])

Soweit dem § 5 zuwider kontrahirt ist, hat der Vertrag keine rechtliche Wirkung, ist daher nichtig und unverbindlich. Die Nichtigkeit erstreckt sich daher nicht nothwendig auf den ganzen Vertrag, sondern nur soweit er gegen den § 5 verstösst. Mit den nichtigen Vertragsbestimmungen müssen aber selbstverständlich auch solche an sich zulässige Vertragsbestimmungen fallen, die mit den nichtigen in unzertrennlichem Zusammenhang stehen.

[2]) Vgl. das bei Eger S. 458 angezogene Urtheil des R.O.H.G. vom 10. Mai 1878.

VI. Das Verfahren in Haftpflichtsachen.

§ 389.

I. Die Mängel des früheren Rechtszustandes in Haftpflichtsachen lagen nicht allein, ja nicht einmal vorwiegend auf dem Gebiete des materiellen Rechts; der frühere Prozess war so beschaffen, dass der Unternehmer sich in manchen Fällen der nach materiellem Recht begründeten Haftpflicht entziehen konnte. Die früher in den deutschen Staaten vorherrschende gesetzliche Beweistheorie machte den Nachweis des Verschuldens, sowie der Existenz und des Umfanges eines Schadens beinahe immer schwierig, häufig unmöglich. Mit Recht wird in den Motiven des Bundesrathes gesagt, dass die Anwendung der gesetzlichen Beweistheorie auf Haftpflichtsachen die Wirksamkeit des Gesetzes beeinträchtigen und vielfach gänzlich lähmen würde.[1]) Daher musste mit der Reform des materiellen Rechts eine Reform des Prozesses Hand in Hand gehen, den Vorschriften über die Haftpflicht der Unternehmer mussten Prozessregeln beigefügt werden, welche die Realisirung dieser Haftpflicht erleichterten, — obwohl die partielle Reform des Prozesses bei einer kleinen Gruppe von Rechtsstreitigkeiten offenbar ein gewagtes Unternehmen war und die Verbindung der neuen Prozessregeln mit dem sonst in Geltung bleibenden landesrechtlichen Prozess zahlreiche Zweifel und Streitfragen hervorrufen musste.

Der Gesetzesvorschlag des Bundesrathes (§ 5) beschränkte sich auf die durch den Zweck des Haftpflichtgesetzes absolut gebotene Reform des Prozesses. Er statuirte freie richterliche Beweiswürdigung bezüglich aller thatsächlichen Behauptungen einschliesslich der Schadenshöhe (erster Absatz), hielt aber die landesgesetzlichen Vorschriften über den Beweis durch Eid, sowie über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden und gerichtlicher Geständnisse aufrecht (zweiter Absatz), dies jedoch mit der Einschränkung, dass bezüglich des sog. Notheides und der Beweisaufnahme über die Schadenshöhe das richterliche Ermessen gewahrt wurde (dritter Absatz), und überliess es dem richterlichen Ermessen, ob der Schadensersatz in einer Rente oder in Kapital zuzubilligen sei (vierter Absatz). Der Reichstag hat diese Bestimmungen erheblich erweitert und vervollständigt. Dem Berechtigten ist ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gegeben,

---

[1]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 3 S. 73.

welcher indessen nach allen Richtungen vom richterlichen Ermessen abhängt; bei wesentlich verschlechterten Vermögensverhältnissen des Verpflichteten kann auch nachträglich Sicherheitsleistung begehrt werden. Der Schadensersatz für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit und für entzogenen Unterhalt ist in der Regel pro futuro in Rentenform zu gewähren. Diese Rente ist bei wesentlich veränderten Verhältnissen auf Antrag des Berechtigten oder Verpflichteten variabel. Um die einheitliche Auslegung und Anwendung des Haftpflichtgesetzes zu sichern, sind Klagen und Widerklagen in reichs- und landesrechtlichen Haftpflichtsachen in letzter Instanz an das Reichsoberhandelsgericht verwiesen.

Der wesentliche Inhalt der drei ersten Absätze des § 5 der Gesetzesvorlage des Bundesrathes ist in den § 6 des Gesetzes aufgenommen; jedoch mit Ausnahme der Bestimmung über Feststellung der Schadenshöhe im ersten Absatze, welche nebst den Vorschriften über Sicherheitsleistung und über Zuerkennung des Schadensersatzes für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit und für entzogenen Unterhalt den Inhalt des § 7 bildet. Die Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts wird durch § 10 des Gesetzes regulirt. Der § 6 des Gesetzes ist durch § 13 des E.G. zur R.Civ.Proz.O. für die Zeit seit 1. Oktober 1879 aufgehoben.

Die Darstellung der Bestimmungen des R.H.G., welche sich lediglich auf den Prozess und auf die Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts beziehen (§ 6, § 7 Eingang, vgl. Civ.Proz.O. §§ 259 und 260, § 10 vgl. E.G. zum R.G.V.G. § 8) liegt ausserhalb des Bereiches dieser Abhandlung; dagegen gehören die Vorschriften im § 7 über den Schadensersatz für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit und für entzogenen Unterhalt und über die Sicherheitsleistung wenigstens vorzugsweise zum materiellen Haftpflichtrecht und bedürfen daher der Untersuchung.

II. **Schadensersatz für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit und für entzogenen Unterhalt** (vgl. § 386).

1. Das Gesetz unterscheidet bei diesen Schadenskategorien zwischen Ersatz für die Vergangenheit, vor der Klagerhebung, und für die Zukunft, nach der Klagerhebung. Für den ersten Anspruch gilt nichts Eigenthümliches; er steht auf gleicher Linie mit dem Anspruche auf Heilungs- und Beerdigungskosten; dem Verletzten bez. dem unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen ist dasjenige als Schadensersatz zuzubilligen, was ihnen nachweislich in Folge beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit bez. in Folge Entziehung des Unterhalts durch den Todesfall an Erwerb bez. Unterhalt entgangen ist; das Urtheil über diesen Anspruch ist definitiv nicht allein bezüglich der Entschädigungspflicht, sondern auch bezüglich des Schadensbetrages und nicht nachträglich wegen veränderter Umstände anfechtbar.

2. Dagegen finden sich eigenartige Vorschriften für den Ersatz des künftigen Erwerbs und des künftigen Unterhalts.

Das Gesetz bestimmt hierüber im § 7:

> **„Als Ersatz für den zukünftigen Unterhalt oder Erwerb ist, wenn nicht beide Theile über die Abfindung in Kapital einverstanden sind, in der Regel eine Rente zuzubilligen."**

Aus dieser Bestimmung erhellt zunächst, dass eine Klage auf Ersatz von künftigem Erwerb bez. Unterhalt statthaft ist. Der Verletzte kann alsbald nach dem Unfalle, der unterhaltungsberechtigte Hinterbliebene alsbald nach dem Todesfalle auf Ersatz für künftigen Erwerb bez. Unterhalt gegen den Haftpflichtigen Klage erheben. Und zwar kann diese Klage nicht allein, wie bei künftigen Heilungs- und Beerdigungskosten, auf Anerkennung der Verbindlichkeit zum Schadensersatz gerichtet (vgl. § 390), es kann im Voraus ein bestimmter Schadensbetrag gefordert werden, dessen Abschätzung sich darnach richtet, was dem Berechtigten voraussichtlich an Erwerb bez. Unterhalt in Folge des Unfalles bez. Todesfalles entgehen wird.

Der Schaden aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit bez. aus entzogenem Unterhalt verbreitet sich über einen kürzeren oder längeren Zeitraum. Daher liegt der Gedanke nahe und ist gewiss berechtigt, diesen Schaden nicht in einer einmaligen Summe, sondern durch periodisch wiederkehrende Leistungen auszugleichen. Wie der Schaden, so auch der Ersatz. Indessen hat das Gesetz doch nur als Regel ausgesprochen, dass der Ersatz für künftigen Erwerb bez. Unterhalt in Rentenform zu gewähren ist.

Drei Fälle sind zu unterscheiden:

a. Beide Theile, der Berechtigte und der Haftpflichtige, sind über Entschädigung („Abfindung") in Kapital einverstanden, sie streiten aber über die Schadensersatzpflicht oder über den Betrag des Kapitals. Das Einverständniss der Parteien über den Entschädigungsmodus ist in diesem Falle nach ausdrücklicher Bestimmung für den Richter bindend; die Entschädigung ist in Kapital zu bestimmen, obwohl Rentenform die Regel bildet.

b. Beide Theile sind über die Entschädigung in Rentenform einverstanden, sie streiten aber über die Schadensersatzpflicht oder über Betrag oder Zeitdauer der Rente. Ist schon das Einverständniss der Parteien über den anomalen Entschädigungsmodus für den Richter bindend, so muss es in noch höherem Maasse das Einverständniss über den normalen Entschädigungsmodus sein. Das argumentum a minori ad majus ist in diesem Falle ganz unabweislich. Obwohl daher nach dem Wortlaut des Gesetzes in diesem Falle das richterliche Ermessen nicht beschränkt ist, so ist doch nach der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers das Einverständniss der Parteien auch in diesem Falle für den Richter bindend; die Entschädigung ist in Rentenform zu bestimmen.[2])

c. Die Parteien sind über den Entschädigungsmodus uneins, der Berechtigte fordert Kapital, der Haftpflichtige begehrt Rente oder umgekehrt. In diesem Falle ist die Entscheidung über den Entschädigungsmodus dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, aber mit der erheblichen Einschränkung, dass Rente die Regel bildet, daher der Richter nur aus besonderen Gründen, welche der Hervorhebung im Urtheil bedürfen, auf Kapital erkennen darf.

3. An die Bestimmung der Entschädigung in Kapital oder Rente knüpft

[2]) A. M. Eger S. 523.

sich folgender wichtige Unterschied: das rechtskräftige Urtheil, welches den Haftpflichtigen zu Kapital verurtheilt, ist definitiv sowohl bezüglich der Schadensersatzpflicht als auch bezüglich des Schadensbetrages, dagegen ist das rechtskräftige Urtheil, welches den Haftpflichtigen zu Rente verurtheilt, definitiv nur bezüglich der Schadensersatzpflicht, nicht bezüglich des Schadensbetrages, die Rente kann bei wesentlich veränderten Verhältnissen auf neue Klage, je nach Umständen des Berechtigten oder des Haftpflichtigen erhöht, vermindert, aufgehoben, und, wenn aufgehoben oder durch Zeitablauf erloschen, auch wiederhergestellt werden.

Der Grund, welcher nach Vorgang des A.L.R. I 6 § 119[3]) („Sobald der Beschädigte, der Verletzung ungeachtet, durch Anwendung seiner körperlichen oder Geisteskräfte zu einem wirklichen Erwerbe gelangt, so muss derselbe auf die nach §§ 115, 116, 117 zu leistende Entschädigung abgerechnet werden.") zu dieser eigenartigen aber gewiss zweckmässigen Behandlung des Urtheils über Dauer und Betrag der Ersatzrente geführt hat, liegt in der unvermeidlichen Unsicherheit der Unterlagen dieses Urtheils. In dem Urtheil wird je nach Art der Beschädigung dauernde, vorübergehende, vollständige oder theilweise Erwerbsunfähigkeit festgestellt, in Folge unerwarteter Komplikationen tritt das Unwahrscheinliche ein, die Erwerbsfähigkeit wird ganz oder theilweise wiederhergestellt oder dauernd und gänzlich entzogen. Das Urtheil bemisst die Rente nach den Erwerbsverhältnissen des Verletzten zur Zeit des Unfalles, ohne die Verletzung würde hierin voraussichtlich wegen späterer Begebenheiten z. B. Erhöhung oder Minderung des Gehaltes oder Lohnes für diejenigen Beamten- oder Arbeiterkategorien, zu denen der Verletzte gehörte, eine wesentliche Aenderung eingetreten sein.[4]) Das Urtheil gewährt der Wittwe für die präsumtive Lebensdauer ihres verunglückten Mannes eine Rente, die Wittwe schreitet zur zweiten Ehe, der zweite Ehemann gewährt ihr ganz oder theilweise den Unterhalt, den sie von dem ersten Manne zu fordern hatte.[5]) Unvermögenden hinterbliebenen Kindern wird bis zu präsumtiver eigener Erwerbsfähigkeit eine Rente zugebilligt; sie erwerben eigenes Vermögen, die Alimentationspflicht des Getödteten würde vor der gewöhnlichen Zeit ihr Ende erreicht haben, oder die eigene Erwerbsfähigkeit verzögert sich in Folge von Kränklichkeit oder anderen unverschuldeten Hindernissen, die Unterhaltspflicht des Getödteten würde sich daher über die gewöhnliche Zeit hinaus verlängert haben. Der Rentenberechtigte (Verletzte oder Unterhaltungsberechtigte) geräth in Untersuchungs- oder Strafhaft; für die Dauer der Haft cessirt die Erwerbsmöglichkeit (vorbehältlich etwaigen Ueberverdienstes durch Betheiligung an den in der Strafanstalt eingeführten Arbeiten vgl. St.G.B. § 15) bezw. die Entziehung des Unterhalts in Folge des Unfalles und folgeweise der Rentenanspruch für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit bezw.

---

[3]) Vgl. auch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen § 1864.

[4]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 154.

[5]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 347, Bd. 24 S. 366.

entzogenen Unterhalt.[6]) Die Billigkeit erfordert ganz unabweislich, dass diese und andere wesentliche Aenderungen in den Unterlagen des früheren Urtheils Berücksichtigung finden. Daher soll es zwar dem Verletzten und dessen Hinterbliebenen zustehen, auf Ersatz für künftigen entgangenen Erwerb bezw. Unterhalt Klage zu erheben, aber das Urtheil soll, was die Ersatzrente anlangt, die Klausel in sich tragen: rebus sic stantibus, unter den gegenwärtig vorliegenden Umständen, also Aenderung bei wesentlich veränderten Verhältnissen vorbehältlich. Dieser Gedanke ist im zweiten Absatze des § 7 dahin formulirt: **„Der Verpflichtete kann jederzeit die Aufhebung oder Minderung der Rente fordern, wenn diejenigen Verhältnisse, welche die Zuerkennung oder Höhe der Rente bedingt hatten, inzwischen wesentlich verändert sind. Ebenso kann der Verletzte, dafern er den Anspruch auf Schadensersatz innerhalb der Verjährungsfrist (§ 8) geltend gemacht hat, jederzeit die Erhöhung oder Wiedergewährung der Rente fordern, wenn die Verhältnisse, welche für die Feststellung, Minderung oder Aufhebung der Rente maassgebend waren, wesentlich verändert sind.“**

Der Anspruch auf Abänderung der in dem früheren Urtheil festgestellten Rente muss mittelst neuer Klage geltend gemacht werden. Die Parteien in diesem neuen Rechtsstreite sind einerseits der Verletzte bezw. dessen unterhaltsberechtigte Hinterbliebene und andererseits der Haftpflichtige. Eine dritte Person ist nur dann zur Geltendmachung dieses Anspruches befugt, wenn sie durch Universal- oder Singularsuccession in das Rentenrecht bezw. die Rentenpflicht selbst eingetreten ist. Der Rentenabänderungsanspruch für sich ist als untrennbarer Bestandtheil der Rentenobligation nicht cessibel. Hat daher der Haftpflichtige gegen die Unfallsgefahr Versicherung genommen, und der Versicherungsgesellschaft, welche für ihn die Rente zahlt, den Rentenabänderungsanspruch cedirt, so vermag diese doch nicht, weil sie nicht Schuldnerin ist, aus eigenem Rechte auf Aufhebung oder Minderung der Rente zu klagen.[7]) Das Fundament der Klage auf Aenderung der Rente sind die wesentlich veränderten Umstände. Beweispflichtig ist, wer eine Abänderung des früheren Urtheils begehrt, also der Berechtigte, wenn er Erhöhung, Wiederherstellung („Wiedergewährung“) oder Verlängerung der Rente[8]) verlangt, der Haftpflichtige, wenn er deren Aufhebung oder Minderung begehrt. Beispiele wesentlich veränderter Umstände sind vorhin angeführt. Zur Abänderung des früheren Urtheils ist

---

[6]) R.G. Bd. 1 S. 66.

[7]) R.G. Bd. 1 S. 315.

[8]) Der Antrag auf Verlängerung der Rente wird nicht durch den Wortlaut des Gesetzes gewährt, liegt aber innerhalb der Absicht des Gesetzes. „Aenderung der Verhältnisse, welche für Feststellung der Rente maassgebend waren.“ Man denke an den vorhin bereits angedeuteten Fall, dass bei unterhaltungsberechtigten Kindern sich der Eintritt der Erwerbsfähigkeit wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen oder anderer unverschuldeter Hindernisse verzögert, daher diesen Kindern gegen den Getödteten, wenn er noch lebte, und folgeweise auch gegen den ersatzpflichtigen Unternehmer auf längere Zeit wie gewöhnlich ein Unterhaltsanspruch zusteht. — Uebereinstimmend R.G. Bd. 2 S. 3.

erforderlich aber auch ausreichend, dass ein Thatbestand nachgewiesen wird, der sich wesentlich von dem Thatbestande unterscheidet, wie er bei dem früheren Urtheil vorhanden war [9]) und durch dies Urtheil festgestellt ist. Der Antrag auf Abänderung eines früheren Urtheils ist beliebiger Wiederholung fähig; die Einrede der Verjährung steht ihm nicht entgegen. Der Zwischensatz im § 7 „dafern der Verletzte den Anspruch auf Schadensersatz innerhalb der Verjährungsfrist geltend gemacht hat", will nur dem Missverständniss vorbeugen, dass der Rentenanspruch an sich, wegen Möglichkeit späterer Abänderung des Rentenurtheils, der Verjährung des § 8 entzogen sei.

4. Recht zweifelhaft ist die Frage: von welchem Zeitpunkte ab dem Abänderungsurtheil Wirksamkeit zu geben ist, ob seit wesentlicher Aenderung der Verhältnisse des früheren Urtheils oder seit Zustellung der Abänderungsklage oder seit Rechtskraft des Abänderungsurtheils. Nicht entscheidend ist der Umstand, dass das frühere Urtheil bis zu rechtskräftiger Abänderung vollstreckbar bleibt, dies folgt aus seiner fortdauernden Rechtskraft ungeachtet wesentlich veränderter Verhältnisse.[10]) Nicht entscheidend sind die Reichstagsverhandlungen über den zweiten Absatz des § 7; über dessen materiellen Rechtssatz: auch die rechtskräftig zuerkannte Rente ist bei wesentlich veränderten Umständen variabel, ist lebhaft verhandelt worden, aber diese Verhandlungen haben die vorhin angeführte mehr technische Frage kaum gestreift, eine Willensmeinung von Bundesrath und Reichstag ist nicht ersichtlich. Nicht entscheidend ist auch die Form, welche dem angeführten Rechtssatz gegeben ist, dass nämlich der Berechtigte und der Haftpflichtige jederzeit bei wesentlich veränderten Verhältnissen Abänderung der Rente begehren können.[11]) Entscheidend scheint mir der Umstand, dass derjenige Faktor, welcher die Abänderung der Rente bewirkt, eben die wesentlich veränderten Verhältnisse sind; ihnen legt das Gesetz die Wirkung bei, dass sie je nach den Umständen die Rente erhöhen, wiederherstellen, verlängern, mindern, aufheben; das richterliche Urtheil, welches die Einwirkung der veränderten Verhältnisse auf die frühere Normirung der Rente feststellt, ist deklaratorischer nicht konstitutiver Natur; es stellt fest die wesentliche Veränderung in den Verhältnissen, wie sie in dem früheren Urtheil angenommen und festgestellt sind (Steigerung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit, des Alimentenbedürfnisses u. s. w.), und bemisst die ihr nach dem Gesetze zukommende Wirkung; das Gesetz suspendirt nicht die Wirksamkeit der veränderten Verhältnisse bis zur Behändigung der Abänderungsklage oder bis zur Rechtskraft des Abänderungsurtheils, bestimmt vielmehr ausdrücklich, dass der Berechtigte und Haftpflichtige bei wesentlich veränderten Verhältnissen jederzeit Abänderung der Rente begehren dürfen. Der dawider angeführte sachliche Grund, die Rechtsstellung des Ersatzberechtigten werde eine höchst unsichere, wenn ihm wegen wesentlich veränderter Verhält-

---

[9]) R.O.H.G. Bd. 25 S. 219, vgl. auch Bd. 24 S. 366.

[10]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 25 S. 219.

[11]) Vgl. H.G.B. Art. 62—64, 125, 262. R.O.H.G. Bd. 12 S. 98.

nisse auch für die Vergangenheit rechtskräftig zuerkannte Rente entzogen werden könne, scheint nur nicht stichhaltig; der Ersatzberechtigte kennt oder muss die gesetzliche Klausel seines Rentenurtheils „rebus sic stantibus“ kennen. Vielmehr erfordern Recht und Billigkeit m. E. Berücksichtigung der wesentlich veränderten Verhältnisse seit ihrem Eintritt; der Ersatzberechtigte ist nicht anzeigepflichtig in Beziehung auf Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit, Wiederverheirathung, Untersuchungs- und Strafhaft u. s. w.; er mag die Rente fortbeziehen aber freilich mit der Gefahr, dass sie ihm demnächst auch für die Vergangenheit durch ein Abänderungsurtheil genommen wird. Ob übrigens in der Nichtgeltendmachung bekannter wesentlich veränderter Verhältnisse ein Verzicht auf deren Rechtswirkung, entweder überhaupt oder doch für die Vergangenheit zu finden ist, das ist eine nach den Umständen des gerade vorliegenden Falles zu beurtheilende Thatfrage.[12]) Hiernach ist (selbstverständlich einen hierauf gerichteten Antrag vorausgesetzt) wesentlich veränderten Verhältnissen von dem Zeitpunkte ab Wirksamkeit zu geben, wo die Aenderung gegenüber dem früheren Urtheil nachweislich eingetreten oder doch offenbar geworden ist.[13])

Wesentlich veränderte Verhältnisse wirken nur gegenüber der durch Urtheil, nicht gegenüber der durch Vertrag (Vergleich) festgestellten Rente, ausser wenn der Vertrag etwa die beim Urtheil nach dem Gesetze selbstverständliche Klausel „rebus sic stantibus“ enthält.[14])

III. **Der Anspruch auf Sicherheitsleistung.** — Das Gesetz hat dem Schadensersatzanspruche einen accessorischen Anspruch auf Sicherheitsleistung beigefügt, indessen nicht unbedingt, sondern nur in solchen Fällen, wo die Sicherheitsleistung nach richterlichem Ermessen angemessen ist, wo also ohne dieselbe nach der Vermögenslage des Haftpflichtigen die Erfüllung seiner Schadenspflicht zweifelhaft erscheint. Durch § 7 1. Absatz wird das freie richterliche Ermessen („unter Würdigung aller Umstände“) auf die Frage ausgedehnt, „ob, in welcher Art und in welcher Höhe Sicherheit zu bestellen ist“; der Kautionsanspruch unterliegt daher nach allen Richtungen freiem richterlichen Ermessen. Anlass zur Gewährung des Kautionsanspruches hat der Umstand gegeben, dass der Ersatz für künftigen Erwerb bezw. Unterhalt

---

[12]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 22 S. 154.

[13]) Abweichend R.O.H.G. Bd. 24 S. 366 ff., wo dem Abänderungsurtheil konstitutive Natur beigelegt, jedoch den wesentlich veränderten Verhältnissen Wirksamkeit seit der Klagbehändigung gegeben wird.

[14]) Legislativ dürfte die verschiedene Behandlung des Rentenurtheils und des Rentenvertrages nicht zweckmässig sein. Die grosse Zahl der Haftpflichtprozesse ist in hohem Grade bedauerlich. Die Nichtausdehnung der Wohlthat des § 7 2. Abs. auf den Rentenvertrag dürfte in manchen Fällen ein Hinderniss gegen vergleichsweise Regulirung des Erwerbs- und Unterhaltsersatzanspruches sein, weil die Betheiligten nicht ohne Grund es für bedenklich erachten, auf die Wohlthat dieses Gesetzes Verzicht zu leisten. Allerdings konnte § 7 2. Abs. nicht einfach auf den Rentenvertrag ausgedehnt werden, sondern es würde dazu detaillirter Vorschriften bedürfen.

in der Regel in Rentenform zu leisten ist. In einem Falle, wenn nämlich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten inzwischen d. h. seit dem Prozesse über den Hauptanspruch sich erheblich verschlechtert haben, kann der Berechtigte auch nachträglich, also mittelst besonderer Klage, die Bestellung einer Sicherheit oder Erhöhung derselben fordern.[15]) Der Berechtigte ist in Beziehung auf die Voraussetzung des Kautionsanspruches, nämlich Gefährdung seines Anspruches bezw. die Verschlechterung der Vermögensumstände des Haftpflichtigen, beweispflichtig.

---

[15]) R.H.G. § 7 3. Abs.

VII. Die Verjährung der Forderungen aus dem Haftpflichtgesetze.

§ 390.

I. Gemeinsam ist den Obligationen aus §§ 1 und 2 des R.H.G., ausser dem Objekte der Entschädigung und dem Vertragsverbote, auch die kurze Verjährung. Der § 8 des R.H.G., welcher seine Fassung und seinen Inhalt durch die Berathungen und Beschlüsse des Reichstages erhalten hat, lautet:

> **„Die Forderungen auf Schadensersatz (§§ 1 bis 3) verjähren in zwei Jahren vom Tage des Unfalls an. Gegen denjenigen, welchem der Getödtete Unterhalt zu gewähren hatte (§ 3 Nr. 1), beginnt die Verjährung mit dem Todestage. Die Verjährung läuft auch gegen Minderjährige und diesen gleichgestellte Personen von denselben Zeitpunkten an, mit Ausschluss der Wiedereinsetzung.“**

Der Gesetzesvorschlag des Bundesrathes, gewiss mit Recht davon ausgehend, dass der thatsächliche Vorgang bei Haftpflichtfällen sich in der Regel nach Ablauf einiger Zeit jeder sicheren Prüfung und Feststellung entziehe, enthielt für sämmtliche Forderungen aus dem R.H.G. eine einjährige Verjährung, welche mit Entstehung der betreffenden Forderung beginnen sollte.[1]) Der Reichstag fand es bedenklich, den Beginn der Verjährung auf den Tag der Entstehung der Forderung zu setzen, weil die Bestimmung dieses Tages häufiger zu Zweifeln Anlass geben werde; er setzte daher an Stelle des Tages der Entstehung der Forderung den Tag des Unfalles, verlängerte aber zugleich die Verjährungsfrist von einem auf zwei Jahre, um dem Vorletzten ausreichende Frist zur Geltendmachung seiner Ansprüche zu gewähren. Da der Alimentationsersatzanspruch nicht dem Verletzten und seinen Rechtsnachfolgern, sondern den unterhaltungsberechtigten Hinterbliebenen aus eigenem Rechte zusteht und erst mit dem Tode des Beschädigten zur Entstehung kommt, so war es offenbar ungeeignet, die Verjährung dieser Forderung mit dem Tage des Unfalls beginnen zu lassen, für diese Forderung wurde daher ein anderer Anfangstermin, der Todestag des Verletzten beschlossen. Der Ausschluss der Verjährungsprivilegien der Minder-

---

[1]) Stenographische Berichte von 1871, Bd. 3 S. 69 u. 73.

jährigen wurde damit motivirt, dass zahlreiche neuere Gesetze dieselben für kürzere Verjährungen beseitigt haben.

II. Der erste Satz des § 8 statuirt für alle Schadensersatzforderungen aus dem R.H.G. eine zweijährige Verjährung. Der Anfangstermin in diesem Satze („vom Tage des Unfalls an") bezieht sich lediglich auf Heilungs- und Beerdigungskosten und Vermögensnachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit. Der Tag des Unfalls ist in die Verjährung nicht einzurechnen, erst mit seinem Ablaufe beginnt die Frist, so dass also eine Klage aus einem Unfalle vom 1. Oktober 1881 noch rechtzeitig am 1. Oktober 1883 zugestellt wird.[2])

Wie aber in dem durchaus möglichen und gewiss gar nicht so seltenen Falle: die Krankheit in Folge des Unfalles verbreitet sich auf einen Zeitraum von über zwei Jahren, nach deren Ablauf werden neue Heilungskosten aufgewendet, der Tod in Folge des Unfalles erfolgt erst nach Ablauf von 2 Jahren, die Beerdigungskosten werden erst nach Vollendung der Frist des § 8 aufgewendet? Sind diese Kosten nicht erstattungsfähig, weil der Klage auf ihren Ersatz nothwendig die Einrede der Verjährung entgegensteht? Das ist allerdings behauptet,[3]) aber gewiss mit Unrecht.

Das Gesetz gewährt einen Anspruch auf die Heilungs- und Beerdigungskosten schlechthin, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Aufwendung (§ 3 Ziffer 1 u. 2). Folgeweise muss der Gesetzgeber auch ein Mittel gewähren, Heilungs- und Beerdigungskosten, deren Aufwendung nach Ablauf der Frist des § 8 geschieht, der Verjährung zu entziehen. Offenbar hat es nicht die Absicht des Reichstages sein können, durch die von ihm beschlossenen Verjährungsvorschriften die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem R.H.G. unmöglich zu machen, auf der einen Seite ein Recht zu gewähren und auf der anderen Seite dessen Ausübung zu versagen, nur ein Abgeordneter hat Bedenken geäussert, dass solche Folgen aus den Beschlüssen des Reichstages entstehen möchten.[4]) Nun ist allerdings eine Klage auf Erstattung künftiger Heilungskosten (ausser in Form eines Zuschlages zur Rente wegen beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit)[5]) und künftiger Beerdigungskosten nicht statthaft; das Recht auf ihren Ersatz ist noch nicht vorhanden, es hängt ab von dem Eintritt einer Bedingung, nämlich der künftigen Aufwendung; allein die neuere Theorie, Praxis und Gesetzgebung lässt mit Recht bei bedingten und betagten Forderungen eine Klage auf deren Anerkennung und Feststellung zu, wenn dazu ein rechtliches Interesse besteht.[6]) So namentlich auch die R.C.P.O. § 231: „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ...... kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältniss ...... durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt

---

[2]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 3 S. 417. Roth, System des Privatrechts Bd. 1 § 86 III 2.

[3]) Eger, Kommentar S. 563 ff.

[4]) Stenographische Berichte von 1871 Bd. 1 S. 620.

[5]) R.G. Bd. 3 S. 2.

[6]) Vgl. Begründung des Entwurfs einer deutschen Civilprozessordnung. Berlin 1872 S. 231 ff., Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen § 147.

werde." Hiernach ist es, jedenfalls seit 1. Oktober 1879, zulässig, wegen künftiger Heilungs- und Beerdigungskosten dahin Klage zu erheben, dass Beklagter seine Verbindlichkeit zu deren Erstattung für den Fall der Aufwendung anzuerkennen habe; das rechtliche Interesse an dieser Feststellung besteht darin, dass dadurch die Heilungs- und Beerdigungskosten der sonst drohenden Verjährung entzogen werden. Würde übrigens der Verletzte die Verjährungsfrist ungenützt haben verstreichen lassen, so würde die Verjährung auch die erst nach Ablauf der Frist aufgewendeten Heilungs- und Beerdigungskosten ergreifen. Der ganze Schadensersatzanspruch einschliesslich aller noch künftig sich daraus entwickelnden Forderungen verjährt nach § 8 des Haftpflichtgesetzes vom Tage des Unfalls bezw. des Todes ab in zwei Jahren.[7])

Bei den Vermögensnachtheilen aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit besteht die eben besprochene Schwierigkeit in nur geringem Grade, da das Haftpflichtgesetz selbst eine Klage auf Ersatz künftiger Nachtheile aus entzogener oder geminderter Erwerbsfähigkeit zulässt. Indessen können auch hier die Umstände so beschaffen sein, dass lediglich für eine Feststellungsklage Raum ist. So wird, wenn ein Kind verletzt wird und nicht feststeht, ob die Folgen dieser Verletzung sich bis in das erwerbsfähige Alter ausdehnen werden, nur auf Grund des angezogenen § 231 dahin Klage erhoben werden können, dass der haftpflichtige Unternehmer für den Fall, dass die Verletzung eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit zur Folge haben wird, schadensersatzpflichtig sei.

III. Der zweite Satz des § 8 bezieht sich auf den Unterhaltsersatzanspruch, und zwar auf diesen allein. Letzteres ist freilich aus dem Wortlaut allein nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Die Worte verstatten die Auslegung, dass sämmtliche Forderungen des Unterhaltsberechtigten aus dem Haftpflichtgesetze, auch diejenigen, welche ihm als Erben oder Cessionar des Verletzten zustehen, erst in zwei Jahren seit dem Todestage verjähren. Das ist aber sicherlich nicht gemeint, da gar kein Grund ersichtlich ist, weswegen der Unterhaltsberechtigte auch wegen der Forderungen an Heilungs-, Beerdigungskosten und wegen beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit privilegirt sein sollte. Auch der Zusammenhang des Paragraphen spricht dagegen. Der erste Satz spricht generell von den Forderungen auf Schadensersatz aus den §§ 1 bis 3. Der zweite Satz macht eine Ausnahme, er setzt einen anderen, häufig späteren Anfangspunkt der Verjährung, diese Ausnahme wird im Zweifel auf eine Gruppe von Forderungen, nicht auf eine Gruppe von Forderungsberechtigten zu beziehen sein. Dazu kommt noch, dass der letzte Satz für die Forderungen aus dem Haftpflichtgesetze Verjährungsprivilegien beseitigt, daher von dem zweiten Satze nicht die Einführung eines ganz irrationellen Privilegiums zu erwarten ist.

Die Verjährung des Unterhaltsersatzanspruches beginnt mit dem Todestage des Verletzten. Dieser wird aus denselben Gründen, wie der Tag des Unfalles, nicht in die Verjährung einzurechnen sein. Die Verjährungsfrist beträgt ebenso wie bei den anderen Forderungen aus dem Haftpflichtgesetze zwei Jahre. Auf

---

7) R.O.H.G. Bd. 18 S. 60.

die Erstattung künftigen Unterhalts kann Klage erhoben werden, unter Umständen nur mit einer Feststellungsklage. Was vorhin von der Klage auf Ersatz künftiger Nachtheile aus beeinträchtigter Erwerbsfähigkeit gesagt wurde, gilt auch von der Klage auf Erstattung des künftigen Unterhalts.

IV. Minderjährigkeit des Berechtigten hindert nach dem § 8 weder den Beginn noch den Ablauf der Verjährung, ebenso ist gegen Ablauf der Versicherungsfrist keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statthaft.

V. Die Unterbrechung der Verjährung wird in dem Gesetze nicht geregelt; in dieser Richtung findet daher das Landesrecht Anwendung.[8])

[8]) Vgl. über die Unterbrechung der Verjährung Roth, System des deutschen Privatrechts Bd. 1 § 87 III.

VIII. Das Verhältniss des R.H.G. zu den Landesgesetzen. Ausdehnung einzelner Vorschriften des R.H.G. auf die landesrechtlichen Haftpflichtsachen.

§ 391.

I. Das R.H.G. ist, wie in der Einleitung hervorgehoben, Spezialgesetz. Es regelt nicht die Haftpflicht beim Gewerbebetriebe überhaupt, sondern nur bei bestimmten Unternehmungen, es regelt bei diesen Unternehmungen nur die dem Unternehmer, nicht die anderen Personen obliegende Haftpflicht, es regelt die Haftpflicht des Unternehmers lediglich gegenüber dem Beschädigten und dessen unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen, nicht gegenüber dritten Personen, und es regelt — davon ausgehend, dass die Haftpflicht des Unternehmers in den einzelnen deutschen Landesrechten nicht ausreichend entwickelt ist, — auch die so beschränkte Haftpflicht nicht in erschöpfender Weise, sondern nur dahin, dass es für bestimmte Fälle eine Haftpflicht des Unternehmers ausspricht und deren Umfang feststellt. Handelt es sich daher um die Haftpflicht bei einer anderen Unternehmung z. B. dem Handwerk, der Schiffahrt, dem Baugewerbe, der Land- und Forstwirthschaft, handelt es sich um die Haftpflicht anderer Personen als des Unternehmers, handelt es sich darum, ob anderen Personen ausser dem Beschädigten und dessen unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen ein Ersatzanspruch aus dem Unfalle zusteht, handelt es sich um die Haftpflicht des Unternehmers gegenüber dem Beschädigten und dessen unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen in anderen Fällen, als welche im R.H.G. vorgesehen sind, — alsdann findet das R.H.G. keine Anwendung, es bewendet bei dem sonst geltenden Recht, Reichsrecht oder Landesrecht. Alles dieses ergibt sich aus dem Gesammtinhalt des R.H.G., ist aber auch, um etwaigen Zweifeln vorzubeugen, in dessen § 9 Abs. 1:

„Die Bestimmungen der Landesgesetze, nach welchen ausser den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen der Unternehmer einer der in den §§ 1 und 2 bezeichneten Anlagen oder eine andere Person, insbesondere wegen eines eigenen Verschuldens für den bei dem Betriebe der Anlage durch

> **Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen entstandenen Schaden haftet, bleiben unberührt,"**

ausdrücklich ausgesprochen.

Im Eingang des § 9 werden nur die Landesgesetze nicht auch die Reichsgesetze angeführt, aus dem äusseren Grunde, weil die Reichsgesetzgebung noch nicht die Haftpflicht allgemein regulirt hat. Die Erwähnung der Landesgesetze ist aber lediglich exemplifikativ, auch die Reichsgesetze, welche den Anforderungen des Zwischensatzes genügen, bleiben unberührt. Hat Jemand verbotswidrig, ohne die vorgeschriebene Genehmigung, ein gefährliches Gewerbe betrieben (R.G.O. § 16), hat Jemand verbotswidrig jugendliche Personen in einer Fabrik beschäftigt (R.G.O. § 135) und wird nun die Haftpflicht des Unternehmers auf den verbotswidrigen Betrieb des Gewerbes, oder auf die verbotswidrige Beschäftigung beschädigter jugendlicher Personen gestützt, so steht das R.H.G. einer solchen Klage nicht entgegen, die bezüglichen Vorschriften der R.G.O. sind durch das R.H.G. nicht berührt. „Die Bestimmungen der Landesgesetze" ist daher gleichbedeutend mit „dem sonst geltenden Recht".

Der Zwischensatz, welcher das in Geltung bleibende Recht bezeichnet, umfasst zwei Gruppen von Rechtsvorschriften,

einmal diejenigen, nach welchen der Unternehmer einer Eisenbahn, eines Bergwerks, eines Steinbruchs, einer Gräberei, einer Fabrik **ausser den in diesem Gesetze vorgesehenen Fällen,** insbesondere wegen eigenen Verschuldens haftpflichtig ist,

dann diejenigen, nach welchen eine andere Person, ausser dem Unternehmer, insbesondere wegen eigenen Verschuldens, haftpflichtig ist.

Die einschränkende Klausel „ausser den in diesem Gesetze vorgesehenen Fällen" bezieht sich grammatisch auch auf die zweite Gruppe, hat hier aber keine Bedeutung, weil das R. H. G. in keinem Falle eine andere Person ausser dem Unternehmer für haftpflichtig erklärt. Das gesammte Recht über die Haftpflicht anderer Personen, mit Ausnahme des Unternehmers, wird daher durch das R. H. G. nicht berührt.

Demnach bleiben, sowohl nach dem Gesammtinhalt des R. H. G., als auch nach ausdrücklicher Vorschrift, alle Rechtsnormen unberührt, welche für andere als die im R. H. G. vorgesehenen Fälle eine Haftpflicht des Unternehmers oder einer dritten Person bestimmen; so namentlich die Vorschriften, welche den Eisenbahnbetriebsunternehmer wegen eigenen Verschuldens oder wegen Verschuldens seiner Leute haftpflichtig machen, ferner die Vorschriften, welche den Unternehmer von Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien, Fabriken wegen eigenen Verschuldens oder wegen Verschuldens seiner Arbeiter für haftpflichtig erklären; was die praktisch wichtige Folge hat, dass in diesen, sowie in allen andern vom R. H. G. nicht vorgesehenen Fällen Schadensersatz im Umfange des Landesrechts, also in der Regel das gesammte quantum mihi abest quantumque lucrari potui begehrt werden kann.[1])

---

[1]) R.G. Bd. 1. S. 276 ff.

Wie aber in den Fällen, welche im R.H.G. vorgesehen sind? Kann auch in diesen Fällen das gesammte Interesse verlangt werden, wenn das Landesrecht einen solchen Anspruch gewährt?

Das R.H.G. sagt nicht ausdrücklich, in welcher Art und in welchem Umfange das Recht für die in ihm vorgesehenen Fälle berührt wird. In Ansehung dieser Frage entscheiden daher die allgemeinen Grundsätze.

Der erste in Betracht kommende Grundsatz ist der Vorzug des neueren Rechts vor dem früheren Recht. Die Landesgesetze und Reichsgesetze, welche mit dem R.H.G. in Widerspruch stehen, sind durch dasselbe beseitigt. Das gilt namentlich von den Vorschriften der Landesgesetze, welche die Haftpflicht des Unternehmers von eigenem Verschulden abhängig machten.

Der andere in Betracht kommende Grundsatz ist der Vorzug des Reichsrechts vor dem Landesrecht. Die Landesgesetze, welche mit dem R.H.G. in Widerspruch stehen, mögen sie vor oder nach demselben erlassen sein, werden durch das R.H.G. beseitigt. Aber auch die mit ihm in Uebereinstimmung stehenden Landesgesetze werden durch das R.H.G. als die höhere Rechtsquelle absorbirt; das R.H.G. gilt unter Ausschluss der mit ihm übereinstimmenden Landesrechte. Indessen ist der Landesgesetzgebung nur die Abänderung, nicht aber die Ergänzung des R.H.G. verboten.

Die Frage spitzt sich demnach dahin zu: enthält das Landesgesetz, welches für einen im R.H.G. vorgesehenen Fall den Unternehmer zu vollem Schadensersatz verpflichtet, eine Ergänzung oder eine Abänderung des R.H.G.?

Letzteres dürfte das Richtige sein. Das Landesgesetz, welches in einem vom R.H.G. vorgesehenen Fall, d. h. einer Obligation des R.H.G. einen anderen weiteren oder engeren Umfang gibt, wie das R.H.G., enthält insoweit eine Abänderung desselben. Daher kann in den vom R.H.G. vorgesehenen Fällen lediglich der Schadensersatz des § 3 desselben verlangt werden.

Dazu kommt, indessen erst in zweiter Reihe, ein argumentum e contrario aus dem letzten Absatze des § 9, welcher nur für die im R.H.G. nicht vorgesehenen Fälle den im Landesrecht begründeten höheren Ersatzanspruch des Beschädigten aufrecht hält.[2])

---

[2]) Uebereinstimmend R.O.H.G. Bd. 19 S. 396, A. M. Endemann S. 40 u. 92, Eger S. 587 ff. und der Plenarbeschluss des R.O.H.G. Bd. 24 S. 311, wo unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Entwurfs § 7 (Gesetz § 9), welche allerdings Anhaltspunkte dafür bietet, dass auch in den reichsrechtlichen Haftpflichtsachen der höhere Ersatzanspruch des Landesrechts hat gewahrt werden sollen, der Satz ausgesprochen ist: „die Anwendung der dem Beschädigten günstigeren Bestimmungen der Landesgesetze hinsichtlich des Umfanges des Schadens ist auch in den Fällen, welche unter § 2 des R.H.G. fallen, nicht ausgeschlossen." Aber wenn auch gerne zugegeben werden mag, dass durch die Entstehungsgeschichte die Bedeutung des im Texte angeführten argumentum e contrario etwas abgeschwächt wird, so wird doch dadurch das andere m. E. Ausschlag gebende Argument nicht berührt. Das Landesgesetz, welches der Obligation des R.H.G. einen andern vom R.H.G. verschiedenen Umfang gibt, enthält insoweit eine Abänderung desselben und eine solche ist unzulässig. — Die Entscheidung des R.G. Bd. I S. 276 gehört nicht hierher, weil es sich dort um eine landesrechtliche Haftpflichtsache (Haftbarkeit der ver-

II. Von dem Grundsatze im ersten Satz des § 9, dass das sonst geltende Recht in Haftpflichtsachen unberührt bleibt, ausser in den vom R. H. G. vorgesehenen Fällen, macht der zweite Satz des § 9 eine wichtige Ausnahme, indem er die meisten, aber nicht alle den reichsrechtlichen Haftpflichtsachen eigenartigen Normen auf die landesrechtlichen Haftpflichtsachen (vgl. § 376) ausdehnt, nämlich

1. die Vorschriften der §§ 6 und 7 über das Verfahren in Haftpflichtsachen, also die freie Beweiswürdigung, die Variabilität der Ersatzrente für beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit und für entzogenen Unterhalt und den Kautionsanspruch,

2. die Vorschriften der §§ 3 und 4 über den Umfang der Haftpflicht und über die Einrechnung der Versicherungssumme, hier jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalt der Landesgesetze, welche dem Beschädigten bezw. seinen unterhaltungsberechtigten Hinterbliebenen einen höheren Ersatzanspruch gewähren. Die §§ 3 und 4 bestimmen daher in landesrechtlichen Haftpflichtsachen nur das Mindestmaass dessen, was der haftpflichtige Unternehmer bezw. eine andere haftpflichtige Person an Schadensersatz gewähren muss. Soweit die Landesgesetze günstiger sind, entweder im Ganzen oder auch bezüglich einzelner Schadenskategorien, mögen der Beschädigte bezw. dessen unterhaltungsberechtigte Hinterbliebenen auf das Landesrecht rekurriren (vgl. H. G. B. Art. 308),

3. die Vorschriften des § 8 über die Verjährung, so dass auch landesrechtliche Ansprüche aus Körperbeschädigungen bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken binnen zwei Jahren seit dem Tage des Unfalles bezw. seit dem Todestage des Getödteten verjähren.

Dagegen ist das Vertragsverbot des § 5 nicht auf landesrechtliche Haftpflichtsachen ausgedehnt.

Gründe der Zweckmässigkeit haben zu der Ausnahme im zweiten Absatze des § 9 geführt, unbillige Ungleichheiten bei reichsrechtlichen und landesrechtlichen Haftpflichtsachen sollen durch dieselbe vermieden werden. Mit Recht sagen die Motive des Bundesrathes: „Es kann nicht wohl zulässig erscheinen, den Urheber einer Körperbeschädigung, der als solcher nach dem Landesrecht zu haften hat, in materieller und formeller Beziehung günstiger zu behandeln als den, der auf Grund des gegenwärtigen Gesetzes aus der Schuld

klagten Eisenbahngesellschaft aus Verschulden ihres Personals, welches derselben nach der sächsischen Praxis als eigenes Verschulden angerechnet wurde), nicht um eine reichsrechtliche Haftpflichtsache (Haftbarkeit der verklagten Eisenbahngesellschaft ohne Rücksicht auf Verschulden) handelte. Indessen mag hervorgehoben werden, dass die Motivirung dieses Urtheils mit der hier vertretenen Ansicht durchaus im Einklang steht. — Für die Gebiete des französischen Rechts führt die hier vertretene Ansicht allerdings zu dem wunderlichen Resultate, dass ein Bergwerks- und Fabrikunternehmer für Verschulden seiner Angestellten nur in dem beschränkten Umfange des R.H.G. § 3, dagegen für Verschulden einfacher Arbeiter (code civil Art. 1384) vollen Schadensersatz zu leisten hat.

eines Dritten in Anspruch genommen wird. Das Maass der Entschädigung, welches der Urheber zu leisten hat, darf nicht geringer sein als dasjenige, welches dem auferlegt wird, der fremde Schuld zu vertreten hat. Der Erstere darf auch nicht in der vortheilhaften Lage bleiben, dass ihm gegenüber der Schaden im Wege der strikten Regeln der partikularrechtlichen Beweistheorie erwiesen werden muss, während derjenige, der nach diesem Reichsgesetze für fremde Schuld verantwortlich gemacht wird, dem freien richterlichen Ermessen sowohl hinsichtlich der Ermittelung des Thatbestandes als der Höhe der Entschädigung sich zu unterwerfen hat. Für die Fälle seiner Anwendung stellt sich sonach der nach § 3 des Entwurfs zuzubilligende Schadensersatz als **das Minimum** dessen dar, was dem Beschädigten zu leisten ist. Daneben trifft der Schlusssatz Fürsorge, dass dem Berechtigten, sofern derselbe nach dem Landesgesetz einen höheren Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, als der § 3 des Entwurfs gewährt, dieser Anspruch nicht entzogen wird.[3]

---

[3]) Stenographische Berichte von 1871 I Bd. 3 S. 73.

Zusätze und Nachträge

zu dem achten Abschnitt, dessen Bearbeitung im November 1881 eingesandt ist.

1. Von der neueren Literatur ist hervorzuheben:

Genzmer, Das Reichs-Haftpflichtgesetz. Berlin und Leipzig 1882,

A. von Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen. Strassburg 1883,

Exner, Der Begriff der höheren Gewalt, im zehnten Bande von Grünhuts Zeitschrift S. 497 ff.

2. Die Bände 5 bis 8 der Entscheidungen des Reichsgerichts enthalten eine verhältnissmässig kleine Zahl von Urtheilen, welche sich auf das Reichshaftpflichtgesetz beziehen (Bd. 5 S. 98, 101, 108, Bd. 6 S. 1, 37, Bd. 7 S. 8, 40, 50, 112, Bd. 8 S. 30 u. 51). Namentlich ist zu beachten die Entscheidung Bd. 7 S. 8, wonach landesrechtliche Vermuthungen über den Kausalnexus zwischen Verschulden und Schaden bei dem R.H.G. keine Anwendung finden (vgl. S. 660), und die Entscheidung Bd. 5 S. 98, wonach der Anspruch des Haftpflichtigen auf Minderung der Rente aus § 7 Abs. 2 des R.H.G. von einer wesentlichen Aenderung der maassgebenden Verhältnisse seit Zuerkennung der Rente abhängig ist, während das R.O.H.G. Bd. 25 S. 219 — m. E. mit Unrecht — auch eine frühere Aenderung berücksichtigen wollte.

3. Die Bemühungen um Reform der Haftpflicht auf dem Boden eines Versicherungszwanges der gewerblichen Arbeiter gegen Betriebsunfälle dauern fort, haben aber bislang zu keinem legislativen Ergebniss geführt; ausser dass durch Reichsgesetz vom 15. Juni 1883, betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, für die meisten gewerblichen Arbeiter mit Einschluss der kleinen Betriebsbeamten eine Verbindlichkeit zur Krankenversicherung ausgesprochen wird. Das Krankenversicherungsgesetz lässt das Reichshaftpflichtgesetz unberührt; mit einer Ausnahme:

> „Ist von der Gemeinde-Krankenversicherung oder von der Orts-Krankenkasse Unterstützung in einem Krankheitsfalle geleistet, für welchen dem Versicherten ein gesetzlicher Entschädigungsanspruch gegen Dritte zusteht, so geht dieser Anspruch in Höhe der geleisteten Unterstützung auf die Gemeinde-Krankenversicherung oder die Orts-Krankenkasse über“ (§ 57 4. Absatz);

eine Bestimmung, deren Wirksamkeit nicht auf die Gemeinde-Krankenversicherungskassen

und die Orts-Krankenkassen beschränkt ist, sondern durch § 65 auf die Betriebs-(Fabrik-) Kassen, durch das Allegat der §§ 63 bis 68 in § 72 auf die Bau-Krankenkassen und durch § 73 auf die Innungs-Krankenkassen ausgedehnt wird.

Der § 57 enthält eine cessio legis zu Gunsten der genannten Kassen beim Zusammentreffen folgender Voraussetzungen:

1. Der Haftpflichtanspruch steht Jemandem zu, welcher bei einer der angeführten Kassen gegen Krankheit versichert ist;

2. diese Kasse hat dem Versicherten in einem solchen Krankheitsfalle Unterstützung geleistet, für welchen der Unternehmer vermöge Gesetzes ersatzpflichtig ist;

jedoch mit der Beschränkung, dass der Haftpflichtanspruch auf die Kasse nur in Höhe der geleisteten Unterstützung übergeht.

Diese cessio legis bezieht sich zwar gleichmässig auf Ansprüche aus den §§ 1 und 2 des R.H.G.; sie wird aber vorzugsweise bei Eisenbahnunfällen praktische Bedeutung gewinnen, da dem Unternehmer bei anderen haftpflichtigen Unfällen meist das Beneficium im § 4 des R.H.G. bezüglich der Leistungen der genannten Kassen zur Seite stehen wird (vgl. Krankenkassen-Versicherungsgesetz §§ 52, 65, 72 u. 73).

Abschnitt 9.

Die Verlagsgeschäfte.

(Bearbeitet von dem Geh. Bergrath und Professor Dr. Klostermann zu Bonn.)

I. Geschichte und Quellen.

§ 392.

Verträge, welche von Schriftstellern mit Buchhändlern über die Vervielfältigung ihrer Werke geschlossen wurden, werden schon in der klassischen Literatur vielfach erwähnt.[1])

Diesen ältesten Verlagsverträgen fehlte jedoch das für die gegenwärtige Vertragsform karakteristische Moment der Uebertragung eines ausschliesslichen Vervielfältigungsrechtes an den Verleger. Der Autor konnte zwar für seine Person die Verpflichtung übernehmen, eine anderweitige Vervielfältigung nicht zu veranlassen, aber so wenig er selbst berechtigt war, die Vervielfältigung seines Werkes zu untersagen, ebensowenig konnte er dem Verleger eine solche Befugniss einräumen. Erst mit der Begründung des Urheberrechtes (Buch 2 Abschnitt 4) erlangte der Verlagsvertrag seinen heutigen Inhalt.[2])

Die Gesetzgebung hat erst spät den Versuch gemacht, die eigenthümlichen Rechtsnormen zu kodifiziren, welche sich in der Gewohnheit des Buchhandels für den Verlagsvertrag ausgebildet hatten. Es geschah dies zuerst durch das preussische Allgemeine Landrecht, welches im Th. I Tit. 11 §§ 996—1036 den Verlagsvertrag unter den Verträgen über Handlungen aufführt und durch

---

[1]) Vgl. Klostermann, Das geistige Eigenthum. Bd. 1 S. 35 ff., Kohler, Das Autorrecht. Beilage II. Hirt, Das antike Buchwesen S. 291—314.

[2]) Es ist schon oben Bd. 2 S. 236 f. hervorgehoben, dass die Anerkennung des Urheberrechtes zunächst durch die Bedürfnisse des Buchhandels und durch die Erfindung des Buchdrucks vermittelt würde, so dass sogar das älteste deutsche Privilegium gegen den Nachdruck für den Verlag der Werke der im zehnten Jahrhundert verstorbenen Dichterin Hroswitha ertheilt wurde. Aus den Buchhändlerprivilegien ging dann mit der fortschreitenden Rechtsentwickelung das Recht des Urhebers hervor.

eingehende Bestimmungen regelt. Es folgten das österreichische Gesetzbuch, Th. II Hauptstück 26 §§ 1164—1171 und das badische Landrecht Buch 2 Tit. 2 Kap. 6 §§ 577 lit. a—h. Endlich hat das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen im Th. III Abth. II Absch. I §§ 1139—1149 den Verlagsvertrag geregelt. Das deutsche Handelsgesetzbuch zählt zwar das Verlagsgeschäft, wenn es gewerbsmässig betrieben wird, im Art. 272 Nr. 5 zu den Handelsgeschäften; es enthält jedoch keine weiteren Normen über den Verlagsvertrag. Auch die Reichsgesetze über das Urheberrecht vom 11. Juni 1870 und vom 9. Januar 1876 enthalten nur einzelne beiläufige Bestimmungen über das Verhältniss zwischen Verleger und Autor. Soweit nicht diese Gesetzvorschriften zur Anwendung kommen, ist der Verlagsvertrag als Handelsgeschäft zunächst gemäss Art. 1 des Handelsgesetzbuchs nach dem Handels-Gewohnheitsrecht und erst, wenn es an einer allgemeinen Rechtsgewohnheit fehlt, nach den Landesgesetzen zu beurtheilen. Von letzteren sind ausser den Bestimmungen der oben angeführten vier Gesetzbücher auch noch die Nachdruckgesetze der einzelnen deutschen Staaten zu erwähnen, welche ebenfalls beiläufige Bestimmungen über den Verlagsvertrag aufgenommen haben und in diesen Bestimmungen auch nach dem Erlass der Reichsgesetze über das Urheberrecht in Kraft geblieben sind.

Aus der Literatur sind folgende Werke hervorzuheben:

Wächter, Das Verlagsrecht mit Einschluss der Lehren vom Verlagsvertrag und Nachdruck, Stuttgart 1857, 1858.

Klostermann, Das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen nach preussischem und internationalem Rechte. Bd. 1, Allg. Th. — Verlagsrecht und Nachdruck, Berlin 1867.

Harum, Die gegenwärtige österreichische Pressgesetzgebung, Wien 1857.

Eisenlohr, Das literarische und artistische Eigenthum und das Verlagsrecht. Schwerin 1855.

Kramer, Die Rechte der Schriftsteller und Verleger, Heidelberg 1827.

Petsch, Die gesetzlichen Bestimmungen über den Verlagsvertrag in den einzelnen deutschen Staaten. Leipzig 1870.

Ausserdem sind eingehende Darstellungen des Verlagsgeschäftes in Endemanns Lehrbuch des Handelsrechts 3. Auflage 1876 § 173, ferner in den Handbüchern des deutschen Privatrechts von Beseler §§ 227, 228, Gerber § 200, Walter §§ 320—326, Bluntschli § 127 und in den Lehrbüchern des preussischen Privatrechts von Dernburg § 210 und von Förster (Eccius) § 134 enthalten. Die rechtlichen Beziehungen des Buchhandels überhaupt behandeln:

a. Schürmann, Die Usancen des deutschen Buchhandels, Leipzig 1867.

b. Rössig, Handbuch des Buchhandelsrechts, Leipzig 1804.

II. Der Verlagsvertrag.

§ 393.

A. Wesen desselben.

Der Verlagsvertrag besteht in dem Uebereinkommen, durch welches der Verleger von dem Autor oder dessen Rechtsnachfolger das ausschliessliche Recht der Vervielfältigung an einer Schrift oder an einem Kunstwerke gegen die Verpflichtung der Veröffentlichung für seine Rechnung erwirbt.

Zu den wesentlichen Merkmalen des definirten Rechtsgeschäftes gehören:

1. Die Uebertragung des Rechts der Vervielfältigung,
2. die Verpflichtung zur Veröffentlichung,
3. die Veröffentlichung für Rechnung des Verlegers.

Dagegen ist kein wesentliches Erforderniss des Verlagsvertrags, dass das **unbeschränkte** Verlagsrecht übertragen wird, oder dass die Veröffentlichung für **alleinige** Rechnung des Verlegers stattfindet. Es kann vielmehr durch den Verlagsvertrag ein beschränktes Recht der Vervielfältigung übertragen und es kann bedungen werden, dass die Publikation für die gemeinschaftliche Rechnung des Herausgebers und des Verlegers bewirkt wird. Alle sonstigen Stipulationen, welche in Verlagsverträgen enthalten sein können, beruhen auf besonderer Festsetzung. Dies gilt insbesondere von der Bedingung eines Honorars, welche weder ein wesentlicher, noch auch ein vermutheter Bestandtheil des Vertrags ist.

Die gegebene Definition soll im Folgenden gegenüber abweichenden Auffassungen näher gerechtfertigt werden.

1. Nach Einigen wird durch den Verlagsvertrag das Urheberrecht selbst entweder unbeschränkt oder in beschränktem Umfange auf den Verleger übertragen. Wächter S. 111, S. 219. Bluntschli § 127. Förster § 134.

Das Verlagsrecht ist jedoch nicht das Urheberrecht, sondern ein von demselben abgeleitetes Recht von beschränkterem Inhalte. Auch wenn das Verlagsrecht für die ganze Dauer der Schutzfrist eingeräumt wird und thatsächlich die Ausübung des ausschliesslichen Vervielfältigungsrechtes im vollen Umfange einschliesst, so verbleibt doch dem Autor die Substanz des Urheberrechtes und er kann dasselbe auch nach Einräumung eines unbeschränkten Verlagsrechts neben den durch den Vertrag begründeten obligatorischen Ansprüchen unter gewissen

Voraussetzungen geltend machen. Der Unterschied zwischen der Veräusserung des Urheberrechts und der Einräumung eines unbeschränkten Verlagsrechtes zeigt sich hauptsächlich darin, dass der Autor, welcher das Verlagsrecht für sämmtliche Auflagen übertragen hat, befugt ist, die Veranstaltung oder die Gestattung einer neuen Auflage zu verlangen, selbst wenn eine Honorarforderung nicht dafür zusteht (Allg. Landrecht Th. 1. Tit. II. § 1018), während bei einer Veräusserung des Urheberrechts eine Forderung auf Veröffentlichung überhaupt nicht stattfindet. Der Autor tritt ferner wieder in den unbeschränkten Besitz des Urheberrechtes, wenn der Verleger auf das weitere Verlagsrecht verzichtet, oder wenn die Verlagsfirma erlischt, ohne dass das Verlagsrecht auf eine andere Person übertragen wird, während das veräusserte Urheberrecht in beiden Fällen gänzlich untergehen würde.[1])

2. Es ist auf der andern Seite wesentlich, dass durch den Verlagsvertrag das ausschliessliche Recht der Vervielfältigung in einem bestimmten Umfange übertragen wird. Wenn der Herausgeber selbst nicht das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht besetzt oder wenn er dem Verleger die blosse Befugniss der Vervielfältigung einräumt, ohne sich selbst in der beliebigen Reproduktion des Werkes zu beschränken, so fallen mit einer wesentlichen Voraussetzung des Verlagsvertrages auch wesentliche Wirkungen desselben weg, insbesondere die Gewährleistung gegen anderweitige Vervielfältigungen und die Nachdrucksklage gegen den Autor (Gesetz vom 11. Juni 1870 § 5 c.). Der Vertrag über die Vervielfältigung eines gemeinfreien Schrift- oder Kunstwerkes, welchen der Besitzer desselben mit einem Verleger abschliesst, ist also von dem eigentlichen Verlagsvertrage trotz mancher Analogien wesentlich verschieden.[2])

3. Der Verleger übernimmt die Verpflichtung, das Werk zu veröffentlichen. Durch dieses Merkmal werden die Verträge ausgeschieden, durch welche der Verleger ein Werk gegen ein bedungenes Honorar bestellt, ohne eine Verbindlichkeit in Bezug auf die Veröffentlichung zu übernehmen. Der Verleger tritt durch die Erfüllung eines solchen Dienstvertrages als Rechtsnachfolger in das Urheberrecht des Autors ein und übt dasselbe durch die Herausgabe aus. Gleichwohl darf nicht jede Bestellung eines Verlegers als ein Dienstvertrag zwischen ihm und dem Autor qualifizirt werden. Einer solchen Annahme würde schon die Regel entgegenstehen, dass die Dienstmiethe nur auf Mietharbeiten (operae locare solitae) Anwendung findet, nicht auf die freie geistige Produktion des Schriftstellers oder Künstlers. Jene Auffassung trifft also zwar zu, wenn der Verleger eine Karte des Kriegsschauplatzes für seine Rechnung stechen oder ein Kursbuch znsammenstellen lässt, wo dagegen der Gegenstand der Bestellung nicht eine Arbeit betrifft, welche von irgend welchem Sachverständigen geleistet werden kann, hat dieselbe nur die Bedeutung eines pactum de contrahendo,

---

[1]) Klostermann, Das geistige Eigenthum Bd. 1 S. 293, 298. Endemann, Deutsches Handelsrecht S. 823 Not. 38.

[2]) A. M. v. Gerber § 200, Dernburg § 210, Rössig S. 84. Vgl. dagegen Wächter S. 243, Klostermann S. 295.

d. h. eines Vertrages, durch welchen der Buchhändler sich zum voraus die Erwerbung des Verlagsrechtes für das vom Autor produzierte Werk sichert. Die Erfüllung dieses Vertrages erfolgt nicht durch die bedingungslose Uebertragung des Urheberrechts sondern durch den Abschluss des Verlagsvertrages über das fertige Werk, durch welchen dann der Verleger auch die Verpflichtung zur Veröffentlichung übernimmt.[3])

Die Veröffentlichung muss für Rechnung des Verlegers erfolgen, weil nur in dieser Weise einerseits das durch den Verlagsvertrag übertragene Vervielfältigungsrecht ausgeübt, andererseits dem Autor die Gegenleistung für die Uebertragung dieses Rechtes gewährt wird. Dabei ist es zulässig, dass entweder dem Autor von dem Verleger ein Honorar gewährt wird, oder auch, dass der Autor seinerseits dem Verleger einen Zuschuss zu den Kosten der Herausgabe bewilligt. Es ist auch zulässig, dass die Herausgabe für gemeinschaftliche Rechnung des Autors und des Verlegers erfolgt und auch hierdurch wird der Begriff des Verlagsvertrags nicht ausgeschlossen, da die beiderseitigen Leistungen, auch wenn sie auf einem aliquoten Theil beschränkt sind, doch ihrem Inhalt nach nicht verändert werden. Anders verhält es sich dagegen mit dem sogenannten Kommissionsverlage, wo der Buchhändler die Veröffentlichung lediglich für Rechnung des Autors übernimmt. Es fehlt hier sowohl die Uebertragung des Vervielfältigungsrechtes als auch die spezifische Gegenleistung des Verlegers und es liegt daher kein Verlagsvertrag, sondern ein kaufmännisches Kommissionsgeschäft vor.

4. Dass die Gewährung eines Honorars von Seiten des Verlegers nicht für den Begriff des Verlagsvertrages wesentlich ist, wird allerseits anerkannt. Dagegen wird mehrfach die Behauptung aufgestellt, dass die Honorarbedingung zu den stillschweigenden Voraussetzungen des Vertrages gehöre, dass also das Honorar gefordert werden könne, sofern dasselbe nicht nach der ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Absicht der Kontrahenten ausgeschlossen ist. Dies wird von Wächter S. 356 Anm. 2 unter Berufung auf S. 22. Dig. de praescr. vert. (19, 5) wie folgt begründet: „Wenn man sich überhaupt Dienste leisten lässt von einem Solchen, der von seinen Diensten sich ganz oder theilweise zu erhalten pflegt, so kann Bezahlung gefordert werden, wenn sie auch nicht ausdrücklich bedungen wurde.“

Hier ist jedoch die vorherige Bestellung und die gewerbsmässige literarische Thätigkeit des Autors vorausgesetzt, welche beide bei dem Verlagsvertrage keineswegs nothwendig zutreffen. Das Honorar muss also besonders bedungen werden, doch kann dasselbe nicht bloss ausdrücklich verabredet, sondern auch durch konkludente Handlungen gefordert und gewährt werden, sofern nur der bestimmte Honorarsatz, auf welchen die stillschweigende Verabredung sich bezieht, vorher feststeht. Eine solche stillschweigende Verabredung liegt z. B. vor, wenn Beiträge zu einem Sammelwerke oder zu einer Zeitschrift, für welche ein bestimmter Honorarsatz üblich ist, auf Veranlassung des Herausgebers

[3]) Vgl. Klostermann a. a. O. S. 297.

geliefert werden. Dagegen verpflichtet die Aufnahme des unaufgefordert eingesandten Beitrags den Verleger nicht zur Honorarzahlung.[4])

Ist ein Honorar vereinbart, die Höhe desselben jedoch nicht bestimmt, so soll nach Wächter S. 359 und Bluntschli S. 477 das richterliche Ermessen nach den für die Dienstmiethe gegebenen Regeln ergänzend eintreten. Dies ist im Falle der Bestellung seitens des Verlegers unzweifelhaft richtig. Bei dem Verlagsvertrage über ein fertiges Werk dagegen fehlt es an jedem Massstabe für die richterliche Arbitrirung, weil das Hononar nicht die einzige Gegenleistung des Verlegers bildet, sondern zu der Verpflichtung der Veröffentlichung und Verbreitung hinzutritt. Ein ganz unbestimmtes Honorarversprechen würde also in diesem Falle nur insofern wirksam werden können, als der Verleger nachweislich einen Gewinn bei der Auflage erzielt hat.

Aus den vorstehenden Erörterungen über den Inhalt des Verlagsvertrages ergibt sich, dass derselbe ein Rechtsverhältniss eigenthümlicher Art darstellt, welcher unter keine der übrigen Vertragsformen des bürgerlichen oder des Handelsrechtes gebracht werden kann, obgleich er zu mehreren derselben eine gewisse Verwandtschaft besitzt. Er besitzt zunächst eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Mandat, insofern der Verleger durch den Verlagsvertrag zur Ausübung des Urheberrechtes zur Veröffentlichung und Verbreitung des Werkes und zur Verfolgung des Nachdrucks ermächtigt wird. (Gesetz vom 11. Juni 1870 § 11, § 28.) Ein Mandatsverhältniss liegt auch bei dem Kommissionsverlag vor, wo der Verleger dieser Rechte für Rechnung des Autors ausübt, nicht aber bei dem eigentlichen Verlagsvertrage, wo der Verleger das Werk für eigene Rechnung vertreibt und den Nachdruck als Eingriff in sein eigenes Verlagsrecht verfolgt. Mit der Sozietät stimmt der Verlagsvertrag darin überein, dass beide Theile ihre Leistungen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes vereinigen (vgl. Thöl, Handelsrecht § 107). Bei dem Verlagsvertrage ist, wie bei der Erwerbsgesellschaft, der Inhalt der gegenseitigen Leistungen nicht eine direkte Zuwendung oder Uebertragung in das Vermögen des andern Kontrahenten, sondern die gemeinschaftliche Ausführung eines Geschäftes (hier der Veröffentlichung des Werkes), an welchem beiden Kontrahenten gelegen ist. Eine wirkliche Sozietät liegt beim Verlagsvertrage jedoch nur ausnahmsweise dann vor, wenn der Verleger die Veröffentlichung für gemeinschaftliche Rechnung übernimmt; und dies gilt keineswegs als Regel. Vielmehr kommt in Ermangelung besonderer Verabredung Gewinn und Verlust des Geschäftes allein dem Verleger zu und das Interesse des Autors besteht, abgesehen von dem etwa bedungenen Hononare, in der Veröffentlichung des Werkes selbst.

Auch mit dem Kauf der Dienstmiethe und den römischen Innominat-Kontrakten ist der Verlagsvertrag unrichtiger Weise zusammen geworfen worden, indem zufällige Nebenverabredungen z. B. das Honorarversprechen oder die Bestellung als bestimmend für das Wesen des Geschäftes angenommen sind. Es

[4]) Vgl. **Wächter** S. 355, 357, **Eisenlohr** S. 88, **Walter** S. 359, **Bluntschli** S. 477, **Endemann** S. 829.

kann, wie Endemann § 173 Not. 40 hervorhebt, durch die Verbindung mit solchen Nebenverabredungen der Verlagsvertrag im einzelnen Falle unter dem Gesichtspunkt des Kaufs der Sozietät oder der Dienstmiethe fallen. An sich aber ist derselbe von eigenthümlicher Art und seine Besonderheit besteht, wie v. Gerber § 200 Anm. 1 ausführt, nicht in einer eigenthümlichen Verbindung der gegenseitigen Leistungen (des dare, facere und praestare), sondern in der besondern Natur der im Verlagsvertrage geforderten Thätigkeiten des Autors und des Verlegers.[5])

In Bezug auf die Form des Vertrages besteht eine Verschiedenheit der Auffassung, insofern derselbe zu den Realkontrakten oder zu den Konsensualkontrakten gerechnet werden kann. Die erstere Gestalt nimmt der Verlagsvertrag an, wenn derselbe über ein fertiges Werk geschlossen und durch die Uebergabe der Schrift oder des Kunstwerks abgeschlossen wird. Das Allgemeine Preussische Landrecht setzt auch im Th. I Tit. 11 § 1021 diese Form des Vertragsschlusses bei den für den Verlagsvertrag gegebenen Vorschriften voraus, wogegen in dem Falle der Bestellung eines erst anzufertigenden Werkes lediglich die Regeln der Dienstmiethe Anwendung finden sollen, so dass mit der gegenseitigen Erfüllung des Bestellungsvertrags durch Lieferung und Honorarzahlung das ganze Rechtsverhältniss beendigt wird und alle weiteren Rechte des Autors wegfallen. Diese Bestimmungen sind jedoch lückenhaft, denn zwischen den beiden im § 1021 erwähnten Fällen liegt noch der dritte Fall, in welchem der Verleger sich die Herstellung des Werkes versprechen lässt, so jedoch, dass dem Autor das Urheberrecht verbleibt und über das künftige Werk zugleich ein Verlagsvertrag geschlossen wird. In der Regel wird sogar der Verlagsvertrag ganz unbestimmt lassen, ob das Werk bereits vollendet ist oder nicht, so dass der Autor die Verpflichtung übernimmt, das seinem Gegenstande nach bezeichnete Werk in das Verlagsrecht des Verlegers zu übertragen und zur Veröffentlichung zu übergeben.

In diesen Fällen ist es daher nicht möglich, den Vertrag als zusammengesetzt aus einem Bestellungsvertrage und einem gewöhnlichen Verlagsvertrage anzusehen. Auch hängt die Perfektion eines solchen Vertrages in Bezug auf die Begründung des Verlagsrechts keineswegs von der Uebergabe des vollendeten Werkes ab. Der Verlagsvertrag ist also zu den Konsensualverträgen zu rechnen, er kann auch ohne Uebergabe durch übereinstimmende Willenserklärungen geschlossen werden und wird auch über ein künftiges Werk nicht als blosser Vorvertrag, sondern als eigentlicher Verlagsvertrag eingegangen.

Zur Gültigkeit des Verlagsvertrages erfordert das Allgemeine Preussische Landrecht Th. I. Tit. 11 §§ 998, 999 die schriftliche Form: Ist der bloss mündlich errichtete Vertrag von dem Schriftsteller durch Ablieferung des Manuskripts erfüllt, so wird hierdurch der Vertrag zwar gültig, die mündlichen Verabredungen gelten jedoch nur in Ansehung des versprochenen Honorars. In

[5]) Vgl. ferner v. Gerber in seinen Jahrbüchern Bd. 3 S. 283, Walter § 320, Förster § 134, Dernburg § 210, Wächter S. 244, Eisenlohr § 67.

allen übrigen Beziehungen ist das Vertragsverhältniss lediglich nach den gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Diese Vorschriften des preussischen Rechtes sind, soweit es sich um gewerbsmässige Verlagsgeschäfte handelt, durch Artikel 272 N. 5 und Art. 317 des Handelsgesetzbuches beseitigt. Ebenso sind die Bestimmungen des französischen Rechts, Code Napoleon Art. 1341 und Gesetz vom 19. Juli 1793 Art. 3, welche die schriftliche Form als einzig zulässiges Beweismittel zur Begründung der Klage oder der Einrede gegen die Nachdrucksklage bezeichneten, durch § 14 des Gesetzes betreffend die Einführung der Civil-Prozessordnung vom 30. Januar 1877 aufgehoben worden. In dem Gebiete des gemeinen Rechtes haben Formvorschriften für den Verlagsvertrag niemals bestanden.

B. Leistungen.

§ 394.

1. Des Autors.

Der Verlagsvertrag wird entweder über ein bereits vollendetes oder über ein künftiges Werk geschlossen. Im ersten Falle bezieht sich die Leistung des Autors auf eine beiden Kontrahenten bekannte Spezies, und der Vertrag wird durch Uebergabe des Werkes, wie es zur Zeit des Vertragsschlusses beschaffen war, erfüllt. Der Autor haftet dem Verleger dafür, dass ihm das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht an dem Werke zusteht. Er muss Eviktion leisten, wenn ein Dritter ein früher erworbenes Verlagsrecht geltend macht, oder das Werk als Nachbildung eines in seinem Urheber- oder Verlagsrechte befindlichen Werkes nachweist. In Bezug auf die Gewährleistung für Fehler, welche die Brauchbarkeit des Werkes als Gegenstand des Verlags beeinträchtigen, kommen die allgemeinen Regeln zur Anwendung, und zwar bei den gewerbsmässigen Verlagsgeschäften die Regeln des Handelsrechtes. Es finden daher die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Art. 346—350 analoge Anwendung, soweit es sich um die äussere Beschaffenheit des gelieferten Schrift- oder Kunstwerkes handelt. Für die innere Güte und die Verkäuflichkeit des Verlagswerkes steht der Autor bei dem Vertrage über ein fertiges Werk nicht ein.

Ist über ein künftiges Werk kontrahirt, so muss der Autor dasselbe persönlich ausführen und innerhalb der bestimmten Frist abliefern. Ist keine Frist bestimmt, so regelt sich dieselbe gemäss Art. 326, 327 H.G.B. theils nach den Umständen, theils nach dem Handelsgebrauche. In letzterer Hinsicht kommen insbesondere die Buchhändlermessen in Betracht. Es wird daher die Lieferung so zeitig bewirkt werden müssen, dass die Schrift noch auf die nächste Leipziger Messe gebracht werden kann (vergl. Allg. Landrecht Th. I. Tit. 11 §§ 1002 bis 1003). Ist dies nicht möglich, so muss die zur Vollendung nach den Umständen erforderliche Zeit vom Richter bemessen werden.

Der Autor muss vorleisten und der Verleger ist nicht verpflichtet, vor der vollständigen Ablieferung des Manuskripts mit der Vervielfältigung vorzugehen. Das Werk muss nach dem bedungenen Plane und in dem bedungenen Umfange

ausgeführt werden. Der Autor haftet für Fehler, welche die Brauchbarkeit des Werkes als Verlagsgegenstand beeinträchtigen. Können solche Fehler durch den Umdruck einzelner Bogen oder durch eingelegte Kartons gehoben werden, so trägt der Autor die Kosten dieser Berichtigung.[1])

Der Autor darf Veränderungen in dem gelieferten Werke bis zur erfolgten Vervielfältigung vornehmen. Sofern dadurch eine Ueberschreitung der bei der Vertragsschliessung ausdrücklich oder stillschweigend angenommenen Herstellungskosten verursacht wird, hat der Autor die entstehenden Mehrkosten des Drucks zu ersetzen. Eine solche Verpflichtung besteht regelmässig, wenn die Abänderung nach vollendetem Satze bei der Korrektur vorgenommen wird.

Die Betheiligung des Autors an der Korrektur des Druckes oder an der Herstellung eines Namen- oder Sachregisters ist eine Leistung, welche in dessen freien Willen steht oder besonders bedungen werden muss.

Aus dem Verlagsvertrage findet gegen den Autor die Klage auf Lieferung des versprochenen Schrift- resp. Kunstwerks statt. Dem Autor steht jedoch der Rücktritt von dem Vertrage offen, wenn sich Umstände ereignen, welche den Verfasser veranlassen, das versprochene Werk gar nicht herauszugeben. Er muss alsdann den Verleger für die zur Vervielfältigung des Werkes bereits aufgewendeten Kosten entschädigen, während er zum Ersatze des entgangenen Gewinnes nicht verpflichtet ist, sofern nicht der Autor nach erfolgtem Rücktritt das Werk anderweitig herausgibt.[2]) Die Beurtheilung der Behinderungsgründe ist eine vollkommen freie. Sie können lediglich subjektiver Natur sein, also in Gewissensbedenken, oder in persönlichen Rücksichten bestehen, wenn nur diese subjektiven Hindernisse ausreichend erscheinen, um vom Standpunkte des Verfassers aus den Rücktritt vom Vertrage zu motiviren. Es steht dagegen nicht in dem Belieben des Verfassers, ohne Grund, oder aus blos vorgeschützten Gründen von dem Verlagsvertrage zurückzutreten. Ferner steht ihm der Rücktritt nur bis zur erfolgten Veröffentlichung zu. Hat daher der Verleger ein vertragsmässiges Recht auf neue Auflagen, so kann der Verfasser nicht die Veranstaltung einer zweiten Auflage seines Werkes aus dem Grunde untersagen, weil er inzwischen seine Religion gewechselt oder ein Staatsamt erhalten hat, obgleich derartige Umstände ihn vielleicht berechtigt haben würden, die erste Herausgabe des noch nicht veröffentlichten Werkes zu inhibiren. Der Grund, weshalb dem Autor der einseitige Rücktritt gestattet wird, liegt nämlich darin, dass mit den durch den Vertrag begründeten vermögensrechtlichen Ansprüchen ein hohes persönliches Interesse des Autors kollidirt, welches die Geheimhaltung des in Verlag gegebenen Werkes erfordert. Ist jedoch einmal die Veröffentlichung mit Bewilligung des Verfassers erfolgt, so kann die neue Auflage kein solches eminentes persönliches Interesse des Verfassers verletzen.[3])

---

[1]) Vgl. Klostermann a. a. O. S. 354—356.

[2]) Allg. Landrecht Th. I Tit. 11, §§ 1005—1007, Bluntschli, Kommentar zum Züricher Gesetzbuch § 1600 (Bd. 3 S. 507), Walter § 321 III. Klostermann S. 366, Wächter S. 389 Not. 10.

[3]) Vgl. Klostermann a. a. O. S. 366. — Oben Bd. 2 S. 269.

Die Klage gegen den Autor soll nach der Meinung einiger Schriftsteller niemals auf Erfüllung, sondern nur auf die Interesseforderung wegen Nichterfüllung des Vertrags gerichtet werden können,[4]) weil eine schriftstellerische Leistung der Natur der Sache nach niemals erzwungen werden könne. Hierbei wird jedoch übersehen, dass jedenfalls die Klage auf Ablieferung des bereits vollendeten Schrift- oder Kunstwerkes zugelassen werden müsste. Ausserdem verhält es sich mit den schriftstellerischen und künstlerischen Arbeiten nicht anders als mit andern Forderungen, welche auf die Ausübung einer freien geistigen Thätigkeit gerichtet sind. Sie sind sogar zum Theil durchaus fungibler Art.

Die Klage gegen den Autor muss daher auf Erfüllung gerichtet werden, soweit diese noch möglich ist, und der Zweck der Publikation noch erreicht werden kann.

§ 395.

2. Des Verlegers.

Der Verleger ist verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und durch den Buchhandel zu vertreiben. Die Vervielfältigung ist bei Schriften, wenn nichts Anderes bestimmt ist, durch den Buchdruck zu bewirken. Im Uebrigen ist die Art der Vervielfältigung in Ermangelung besonderer Verabredung dem Ermessen des Verlegers überlassen, ebenso die Stärke der Auflage. Ist die Stärke der Auflage in dem Verlagsvertrage bestimmt, so ist im Zweifelsfalle anzunehmen, dass der Verleger nicht blos berechtigt sein soll, diese Zahl von Exemplaren aufzulegen, sondern, dass er auch verpflichtet ist, eine Auflage von der bedungenen Stärke zu veranstalten. Der Druck muss in Ermangelung besonderer Verabredung nach vollständiger Lieferung des Manuskripts begonnen und ununterbrochen fortgesetzt werden.[1])

Der Vertrieb des Werkes muss im Wege des Buchhandels bewirkt werden. Der Verleger muss zunächst die durch das Pressgesetz vom 7. Mai 1874 vorgeschriebenen Förmlichkeiten erfüllen, nämlich die Nennung des Druckers und Verlegers oder der im Handelsregister eingetragenen Firma (§ 6) und bei periodischen Druckschriften, welche nicht ausschliesslich Zwecken der Wissenschaft, der Kunst, des Gewerbes oder der Industrie dienen, die Ablieferung eines Exemplars an die Polizeibehörde des Ausgabeortes (§ 9). Die Erfüllung der Förmlichkeiten, welche zur Wahrung des Urheberrechtes erforderlich sind (Vorbehalt der Uebersetzung und der öffentlichen Ausführung, Eintragung des wahren Namens des Urhebers in die Eintragsrolle), ist Sache des Autors. Dagegen ist bei dem Verlage von Photographien der Verleger dafür verantwortlich, dass er gemäss § 5 des Gesetzes vom 10. Januar 1876 den Namen und Wohnort des Verfertigers oder Verlegers und das Kalenderjahr des Erscheinens angibt. Die buch-

[4]) Beseler § 230 Anm. 5. — Bornemann, Systematische Darstellung etc. Bd. 3 S. 197. — Daniels, Preussisches Priv.R. S. 276.

[1]) Allgem. Landr. Th. I Tit. 11 § 1008, 1009. — Klostermann a. a. O. S. 359 f. Wächter S. 343.

händlerische Verbreitung erfolgt durch Ankündigung des Werkes in den Zeitungen, durch Versendung desselben an kritische Zeitschriften, endlich durch den Verkauf, für welchen der Verleger sich der Vermittelung von Kommissionaren und Sortimentsbuchhändlern in der im Buchhandel üblichen Weise bedienen muss, um jedem den Bezug des Buches zum Ladenpreise ohne besondere Nebenkosten zugänglich zu machen. Der Verleger muss diesen Geschäftsbetrieb in der Weise eines sorgfältigen Buchhändlers vornehmen. Der Autor kann ihn im Wege der Klage zum gehörigen Vertriebe nach den für Werke der betreffenden Art üblichen Regeln anhalten.[2]) Der Verleger kann sich dieser Verpflichtung ebenso wie der Vervielfältigung auch dann nicht entziehen, wenn er von derselben keinen Gewinn erwartet. Erst wenn sich herausstellt, dass auf eine weitere Vertreibung des Werkes nicht mehr zu rechnen ist, kann er den noch vorhandenen Vorrath als Makulatur verkaufen. Er ist dabei nicht an die Zustimmung des Autors gebunden, muss aber ein etwaiges Versehen vertreten und bei voreiliger Vernichtung den Autor schadlos halten.[3])

Die Ausstattung des Werkes und die Preisbestimmung ist in Ermangelung besonderer Verabredungen dem Verleger überlassen. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 1141, dass der Verleger nicht durch übermässige Preisforderung den Absatz hindern darf. Die Bestimmung eines hohen Preises hat jedoch nur dann Werth für den Verleger, wenn er wirklich einen Absatz erzielt. Wenn er vorzieht, bei hoher Preisbestimmung denselben Gewinn aus dem Absatz von hundert Exemplaren zu ziehen, welchen er bei niedrigerem Preise aus zweihundert Exemplaren ziehen würde, so kann dem Autor dagegen kein Widerspruch eingeräumt werden, zumal nicht zum Voraus bewiesen werden kann, dass bei ermässigtem Preise eine entsprechend grössere Anzahl von Exemplaren in dem gleichen Zeitraume abgesetzt werden wird. Die angeführte Vorschrift entspricht auch nicht dem Handelsgebrauche, und es ist kein Fall einer richterlichen Preisermässigung auf die Klage des Autors bekannt geworden. Es läge nahe, dem Autor einen Widerspruch gegen die nachträgliche Herabsetzung des Preises einzuräumen, weil dadurch sein wissenschaftlicher oder künstlerischer Ruf und der Ertrag seiner künftigen Arbeiten gemindert werden könnte. Allein es fehlt auch hier an einer Rechtsvorschrift und es ist Sache des Autors, dieses Interesse durch besondere Stipulationen wahrzunehmen.

---

[2]) Klostermann S. 359. Wächter S. 339 f. — Bluntschli § 127 Not. 3. Beseler § 128 Not. 5. — Eisenlohr § 72. — Harum S. 151.

[3]) Ein unmittelbares Interesse an dem weiteren buchhändlerischen Vertriebe besteht für den Autor allerdings nur, wenn der Verlag für gemeinschaftliche Rechnung des Autors und des Verlegers erfolgte. Dagegen kann mittelbar dem Autor auch ein vermögensrechtlicher Nachtheil daraus entstehen, dass das Werk nicht weiter durch den Buchhandel zu beziehen ist. Bei dem hohen persönlichen Interesse, welches auf Seiten des Autors vorliegt, sollte der Verleger den Ankauf des Verlagsvorraths zum Makulaturpreise stets zunächst dem Verfasser anbieten mit dem Anheimstellen den Vertrieb durch einen anderen Verleger fortzusetzen und es würde nicht unangemessen erscheinen, dass dem Autor ein gesetzliches Verkaufsrecht eingeräumt würde.

Ein Honorar kann der Autor nur fordern, wenn dasselbe verabredet ist (oben S. 718). Ist das Honorar in einer Summe für das ganze Werk bedungen, so ist es mit der Ablieferung des Manuskripts oder des Kunstwerks fällig.[4]) Ist das Honorar nach Druckbogen bestimmt, so muss in Ermangelung besonderer Verabredung angenommen werden, dass die Kontrahenten Druckbogen mittlerer Grösse im Auge gehabt haben. Dem Verleger bleibt alsdann zwar die ihm zustehende Wahl der Ausstattung und des Druckformates unbeschränkt. Der Verfasser kann jedoch die Ermittelung des Honorars nach einem mittleren Druckformat beantragen. Das Honorar wird für jeden Bogen mit der Vollendung des Druckes fällig.[5])

Ist die Bogenzahl im Vertrage bestimmt, so muss der Autor, wenn das gelieferte Manuskript diese Grenze überschreitet, den Ueberrest unentgeltlich liefern, falls nicht die Angabe als ein ungefährer Ueberschlag anzusehen ist. Titel, Vorrede und Register werden in die Bogenzahl eingerechnet.

Das Honorar kann auch nach der Zahl der abgesetzten Exemplare bestimmt oder statt desselben eine Betheiligung am Gewinn bedungen werden. In diesen Fällen ist der Autor berechtigt, Einsicht in die Bücher des Verlegers und Rechnungslegung von demselben zu verlangen. Die Lieferung von Freiexemplaren muss besonders bedungen werden. Es entspricht übrigens dem Handelsgebrauch, dass der Autor die Exemplare zum eigenen Bedarf vom Verleger zum Nettopreise beziehen kann.

Hat der Verleger das Verlagsrecht für mehrere Auflagen erworben, so kann der Autor, wenn die frühere Auflage vergriffen ist, verlangen, dass der Verleger innerhalb einer angemessenen Frist eine neue Auflage veranstaltet oder dem Autor gestattet, anderweit eine neue Auflage zu veranstalten.[6])

C. Das Verlagsrecht.

§ 396.

1. Begriff desselben.

Zu den wesentlichen Bestandtheilen des Verlagsvertrages gehört nach dem Obigen die Begründung des Verlagsrechtes, d. h. der ausschliesslichen gegen jeden Dritten unmittelbar wirksamen Vervielfältigungsbefugniss des Verlegers. Wenn man wie Dernburg u. A. das Wesen des Verlagsvertrags allein in den obligatorischen Inhalt, also in die Leistungen des Verlegers setzen will, so fehlt es an einem Entstehungsgrunde für das von dem Urheberrechte begrifflich verschiedene Verlagsrecht. Es ist unzulässig, das Verlagsrecht als das mit oder ohne Begrenzung in der Benutzung abgetretene Urheberrecht zu bezeichnen. Das Verlags-

---

[4]) Bluntschli § 127 Not. 4, Eisenlohr S. 88 nehmen an, dass die Fälligkeit erst mit der Vollendung des Druckes eintritt. Vgl. dagegen Wächter S. 362.

[5]) Klostermann S. 363, Walter § 322. — A. M. Wächter S. 360 f. Eisenlohr S. 88, Bluntschli § 27 Not. 4.

[6]) Wächter S. 343 Not. 19.

recht ist sogar in der geschichtlichen Entwickelung dem Urheberrechte vorgängig entstanden und noch nach dem Allg. Landrecht I. 11 § 996 konnte ein ausschliessliches Vervielfältigungsrecht nur durch den Verleger, allerdings unter Mitwirkung des Verfassers erworben werden. Es erscheint daher nothwendig, an dieser Stelle den Begriff des Verlagsrechtes näher zu entwickeln. Es wird dadurch zugleich eine Ergänzung der im Buch 2 Abschnitt 4 enthaltenen Darstellung des Urheberrechtes gegeben, welche bis nach der Begriffsentwickelung des Verlagsvertrages ausgesetzt bleiben musste.

Nach der älteren Auffassung war das Verlagsrecht mit dem Urheberrechte seinem Inhalte nach identisch. Noch O. Wächter in seinem 1857 erschienenen grundlegenden Werke über das Verlagsrecht bezeichnet mit demselben Namen das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht sowohl des Verfassers als des Verlegers. Die Identifizirung beider Rechte wurde unhaltbar, als die Gesetzgebung dem Urheber weitere ausschliessliche Befugnisse beilegte, deren Ausübung nicht an die Vermittelung eines Verlegers gebunden ist, z. B. das Recht der öffentlichen Aufführung, der Nachbildung von Kunstwerken. Die hierdurch nothwendig gewordene Sonderung der Begriffe führte zu einem Streit über den Begriff und die Natur des Urheberrechtes, welcher schon unter der früheren Gesetzgebung begonnen hatte, jetzt aber aus dem Gebiete der blossen rechtsphilosophischen Konstruktion in das Gebiet der rechtlichen Dogmatik und sogar der praktischen Jurisprudenz vorgedrungen ist (vergl. oben Bd. II. S. 243 f.).

Man unterschied in den Befugnissen des Urhebers verschiedenartige Bestandtheile, von denen der eine Theil die Reproduktion des hervorgebrachten Werkes zur vermögensrechtlichen Nutzung betrifft, folglich die Ausübung durch Andere und die Veräusserung gestattete, während der andere dem Rechtskreise der Persönlichkeit des Verfassers als untrennbarer Bestandtheil angehört. Da alle diese Befugnisse demselben Subjekte in Bezug auf denselben Gegenstand zustehen, so suchte man naturgemäss nach einer Definition des Urheberrechtes, welche alle diese Befugnisse einschliesst. Gegenüber der herrschenden Meinung, welche das Urheberrecht als eine besondere Art von Vermögensrecht auffasste (Jolly, Wächter, Mandry, Klostermann etc.), bildeten sich neue Theorien, welche im Einzelnen sehr vielartig sich doch in zwei Hauptgruppen zusammen fassen lassen.

Die eine Gruppe (v. Gerber und Laband) leugnet überhaupt die Existenz eines subjektiven Urheberrechts und statuirt an dessen Stelle ein gewerbliches Monopol zu Gunsten des Autors und des Verlegers. Das Nachdruckverbot ist nach dieser Ansicht nicht der Ausfluss eines dem Urheber zustehenden Rechtes, sondern eine zum Schutz der Interessen des Urhebers erlassene Rechtsnorm. Erst durch die Verletzung derselben entsteht für den Urheber ein subjektives Recht, die gegen den Nachdrucker gerichtete Deliktsobligation. Diese einfache und konsequente Auffassung beseitigt vollständig die Schwierigkeit, die in dem Rechte des Urhebers zusammentreffenden verschiedenartigen Befugnisse unter einen Begriff zusammenzufassen, da die durch das Nachdruckverbot geschützten Interessen des Autors durchaus nicht aus einer Wurzel entspringen müssen,

sondern ganz verschiedenartig sein können, sofern sie nur an die verbotene Reproduktion des Werks geknüpft sind. Ob der Nachdruck die Vermögensinteressen des Autors schädigt, oder ob er dessen persönlichen Interessenkours verletzt, ist nach dieser Auffassung rechtlich nicht erheblich, ausser etwa in Bezug auf einen mit der Strafe des Nachdrucks sich verbindenden Anspruch auf Schadensersatz. Es leuchtet jedoch ein, dass v. Gerbers Theorie die Schwierigkeit der Konstruktion des Urheberrechtes in ziemlich gewaltsamer Weise beseitigt, indem sie das Urheberrecht einfach aus der Reihe der subjektiven Rechte streicht.

Die zweite Gruppe umfasst diejenigen Theorien, welche das Urheberrecht als einen Ausfluss des Rechtes der Persönlichkeit und in ihrer konsequenteren Ausbildung (Neustetel, Gareis, Gierke) als Objekt des Urheberrechtes die eigene Person des Autors bezeichnen. Auch diese Theorien verfolgen unbewusst oder bewusst das Ziel, die verschiedenen, dem Autor an dem hervorgebrachten Werke zustehenden Befugnisse auf eine gemeinschaftliche Wurzel zurückzuführen. Diese Konstruktion des Urheberrechtes als eines Rechtes an der eigenen Person ist neuerdings mit grossem Scharfsinn entwickelt von Gierke.[1]) Nachdem er ausgeführt hat, dass dasjenige, was wir bei den absoluten Rechten den Gegenstand unseres Rechtes nennen, eigentlich nur das Beziehungsobjekt sei, durch welches der Inhalt der allen andern Personen obliegenden Unterlassungspflichten — der eigentliche Gegenstand unserer rechtlichen Herrschaft — bestimmt werde, deduzirt er weiter, dass als dieses Beziehungsobjekt beim Urheberrechte und den verwandten Rechten nur ein gegen den Gesammtinhalt der Persönlichkeit abgegrenzter Bestandtheil oder Persönlichkeitssphäre des Berechtigten angesehen werden könne. Durch diese Rechte werde die Herrschaft der Person über ein Stück ihres rechtlichen Selbst fixirt und gegen Eingriffe geschützt. Dabei könne es sich dann sowohl um einen unmittelbaren Ausfluss des Persönlichkeitsbegriffs (z. B. Ehre, Freiheit) handeln oder um das äussere Zeichen der Person (Name, Firma, Marke) oder um die Nutzung eines Geisteswerks (Urheber- und Erfinderrecht).

Es ist nicht zu leugnen, dass auch diese Konstruktion ausreicht um alle möglichen Befugnisse, die dem Autor in Bezug auf sein Werk zustehen können, auf dieselbe Wurzel des Urheberrechts zurückzuführen. Allein Gierke selbst gibt zu, dass es sich bei dieser Konstruktion doch nur um eine Namengebung handelt, dass das Beherrschte auch beim Urheberrecht nicht die eigene Person des Berechtigten, sondern nur die fremde Willenssphäre sein kann. Lässt die Verschiedenartigkeit der dem Urheber zustehenden Befugnisse es nicht zu, für die aus dem Rechte der Persönlichkeit fliessenden und für die dem Vermögensrecht angehörigen Machtbefugnisse eine gemeinsame Kategorie aufzustellen, hängen sie nur durch die Person des Berechtigten und durch den gemeinsamen Entstehungsgrund, nicht aber durch das Objekt der Willensherrschaft zusammen, so wird diese Verschiedenartigkeit nicht dadurch beseitigt, dass man das einzige beiden Rechten gemeinsame Beziehungsobjekt: die Manifestation der Persön-

[1]) Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. 29 S. 269 f.

lichkeit des Autors in dem Geisteswerke mit unzulässiger Umkehrung der Begriffe zum Rechtsobjekte machen will.

Man muss also an der Verschiedenartigkeit der dem Autor zustehenden Berechtigungen festhalten und das rein vermögensrechtliche Urheberrecht von den in dem Rechte der Persönlichkeit beruhenden Befugnissen des Autors unterscheiden, welche nicht an die positiven Bedingungen des Urheberrechts geknüpft sind, und für welche nicht die Erwerbung des Autorrechts erforderlich ist, sondern die Autorschaft genügt. Durch diese Unterscheidung wird dann zugleich die Schwierigkeit überwunden, welche sich für die Begrenzung der Gegenstände des Urheberrechts, insbesondere der Schriftwerke ergibt. Jedes schriftliche Geisteserzeugniss gehört dem Rechtskreise des Autors an, soweit es sich um die Autorschaft und um die aus derselben fliessenden Befugnisse handelt. Zu einem Gegenstand des Urheberrechts wird es erst dann, wenn dasselbe in den Vermögensverkehr eintritt, wenn es befugt oder unbefugt vervielfältigt wird (oben Bd. II S. 252).

Man hat diese Auffassung als unbegreiflich bezeichnet und Gierke a. a. O. glaubt aus derselben folgern zu können, dass der Nachdrucker eigentlich statt der Strafe eine Prämie verdiene, weil er ein noch nicht vorhandenes Urheberrecht durch seine Handlung ins Leben rufe. Ist das aber nicht bei allen Delikten ebenso? Erzeugt nicht der Dieb durch seine Handlung ein vorher nicht bestandenes Klagerecht für den Eigenthümer? Wird nicht durch das Delikt des Jagdfrevlers dem Jagdberechtigten ein Forderungsrecht auf Auslieferung oder nach einer andern Auffassung das Eigenthum an dem erlegten Thiere erworben? und müsste nicht Gierke seinen Einwand vor allem gegen v. Gerbers Theorie richten? [2])

Auch für den Begriff des Verlagsrechts ist die Auffassung entscheidend, von welcher man bei der Konstruktion des Urheberrechts ausgeht. Nach der

[2]) Der vorstehende Exkurs auf das Gebiet des Urheberrechts, für welchen ich, wenn dies nöthig ist, die geneigte Nachsicht des Lesers erbitte, ist, wie leicht ersichtlich, durch die angeführte Kritik Gierkes über den zweiten Band des vorliegenden Handbuchs hervorgerufen. Derselbe hat jedoch nicht den Zweck einer Antikritik im gewöhnlichen Sinne, sondern den Zweck der Verständigung. Die Kontroverse über die rechtliche Natur des Urheberrechtes wird voraussichtlich ebenso lange dauern wie der Streit über die rechtliche Natur des Besitzes. Möchte man nur berücksichtigen, dass für die Konstruktionen juristischer Begriffe nicht die gleiche Allgemeingültigkeit beansprucht werden kann, wie für die Rechtssätze, dass es sogar sehr wohl möglich ist, die Institutionen des positiven Rechts von verschiedenen theoretischen Gesichtspunkten aus mit gleicher Berechtigung aufzufassen und zu erläutern. Der Verfasser des preussischen Gesetzes zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und der Kunst vom 11. Juni 1837 betrachtete unzweifelhaft das Urheberrecht als ein reines Vermögensrecht, wogegen der Verfasser des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 dasselbe als eines dem Rechte der Persönlichkeit fliessend auffasst und sich zu dieser Auffassung auch als Schriftsteller bekannt hat (Dambach, Urheberrecht S. 12). Niemand wird indes behaupten, dass durch die neue Gesetzgebung das Rechtsinstitut in seinem wesentlichen Karakter verändert und von Grund aus umgestaltet worden sei. Die Motive deuten eine solche Absicht auch nicht entfernt an.

Monopoltheorie v. Gerbers gewährt das Gesetz dem Verleger unmittelbar durch das Nachdruckverbot Schutz für seine Interessen. Sein Recht ist nicht von demjenigen des Autors abgeleitet und nur dadurch bedingt, dass er die Erlaubniss des letztern zu dem veranstalteten Verlage eingeholt hat. Wird das Urheberrecht als ein Bestandtheil des Rechts der Persönlichkeit betrachtet, so kann dem Verleger nur die vermögensrechtliche Nutzung an diesem Rechte übertragen werden.[3]) Unterscheidet man dagegen bereits in dem Rechtskreise des Urhebers zwei von einander unabhängige Rechte an dem Geisteswerke: das rein vermögensrechtliche Urheberrecht und die von dem Rechte der Persönlichkeit gedeckte Autorschaft, welche ähnlich wie Besitz und Eigenthum in der Regel verbunden zu sein pflegen, aber auch in diesem Falle theoretisch streng von einander gesondert werden, so stellt sich das Verlagsrecht als ein von dem Urheberrechte abgeleitetes Vervielfältigungsrecht dar, welches ebenso wie jenes, allen Personen gegenüber unmittelbare Geltung hat, jedoch in seinem Bestande durch die Fortdauer des Urheberrechts begrenzt und bedingt ist.

§ 397.

2. Umfang und Dauer desselben.

Das Verlagsrecht enthält nur die Befugniss zu einer bestimmten Art der Reproduktion. Der Vertrag, welcher über die Herausgabe eines in deutscher Sprache verfassten Werkes geschlossen ist, berechtigt nicht den Verleger auch zur Herausgabe einer Uebersetzung. Der Verlag einer Zeichnung in der Vervielfältigung durch Photographie schliesst nicht die Reproduktion durch Kupferstich oder Holzschnitt ein. Auch die bestimmte Art der Reproduktion steht dem Verleger nur in begrenztem Umfange zu, sofern nicht ausdrücklich ein unbegrenztes Verlagsrecht übertragen wird. Das durch den Verlagsvertrag begründete Recht der Vervielfältigung kann auf eine bestimmte Zahl der anzufertigenden Exemplare oder auf eine bestimmte Zahl von Auflagen bestimmt sein. Ueber die Zahl und die Stärke der in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmung dem Verleger verstatteten Auflagen bestehen in den verschiedenen Gesetzgebungen abweichende Vorschriften. Während nach der Mehrzahl der Landesgesetze das Verlagsrecht im Zweifelsfalle auf die einmalige Vervielfältigung beschränkt ist, so dass das Recht, neue Auflagen zu veranstalten, besonders übertragen werden muss; soll dagegen nach dem Allg. Preuss. Landrechte und nach dem Oesterreich. Bürgerl. Gesetzbuche die Beschränkung besonders festgesetzt werden, und wenn dies nicht geschieht, ist der Verleger für alle Auflagen zur Vervielfältigung berechtigt.[1])

[3]) Vgl. hierüber Gierke a. a. O. S. 269.

[1]) Allg. Preuss. Landrecht Th. I Tit. 11 § 1013. — Oesterreich. Gesetzbuch § 1164, § 1167. — Die entgegengesetzte Regel ist ausdrücklich ausgesprochen im Badischen Landrecht § 577 d. e., im Sächs. Gesetzbuch § 1142 und in den Nachdrucksgesetzen für: Anhalt-Dessau vom 15. 24. November 1827 § 2, Sachsen-Coburg vom 18. September 1828, Anhalt-Köthen vom 23. Dezember 1828 und Hessen-Kassel vom 16. Mai 1829. — Vgl. Petsch S. 78—82.

Der allgemeine Handelsgebrauch hat sich für die erste Auffassung entschieden, so dass nach buchhändlerischer Gewohnheit, welche auch in Preussen nach Art. 1 des Handelsgesetzbuches dem Landesgesetze derogiert hat, das unbestimmt übertragene Verlagsrecht auf nur eine Auflage beschränkt ist.[2])

Die Stärke der Auflage wird durch den Vertrag bestimmt, wo dies nicht der Fall ist, soll nach § 1142 des Sächs. Gesetzbuches der Verleger die Zahl von tausend Exemplaren nicht überschreiten dürfen. Den übrigen Gesetzgebungen ist diese Bestimmung fremd. Der Verleger unterliegt daher in dieser Beziehung keinerlei Beschränkung. Es kann indes in dem gegebenen Falle die Frage entstehen, was unter einer Auflage zu verstehen sei und diese Frage ist nach dem buchhändlerischen Sprachgebrauche dahin zu beantworten, dass der Umfang einer Auflage diejenige Zahl von Exemplaren umfasst, welche mit denselben Vervielfältigungsmitteln in einem zusammenhängenden Prozesse dargestellt werden. Bei den Druckschriften wird die Grenze der Auflage in der Regel hinreichend scharf dadurch bestimmt, dass die einzelnen Bogen nach einander in einer bestimmten Zahl von Exemplaren abgezogen werden und der Satz der ersten Bogen meist schon zur Verwendung der Schriften für den weiteren Druck zerstört wird. Bei den Werken der reproduzirenden Künste (Kupferstichen, Lithographien, Holzschnitten etc.) und ebenso bei den Musikalien bleibt dagegen die zur Vervielfältigung gebrauchte Platte meist erhalten, so dass ohne die Herstellung neuer Platten weitere Abzüge gemacht werden können. Hier kann also die Grenze der Auflage nur da angenommen werden, wo der Druck ohne die bestimmte Absicht, ihn nach einer kurzen Frist fortzusetzen, unterbrochen worden ist. Bei manchen Reproduktionen fehlt auch dieses Merkmal, also überhaupt die erkennbare Grenze einer Auflage, so z. B. beim stereotipierten Drucksatz, ebenso wenn von den Kupferstichen Tochterplatten oder Clichés aufgenommen und von denselben in unbestimmten Zwischenräumen Abzüge nach Bedarf gemacht werden. Wusste der Verfasser, dass eine solche Art der Vervielfältigung beabsichtigt wurde, so muss angenommen werden, dass ein unbegrenztes Verlagsrecht übertragen sei. Ist sie dagegen ohne sein Wissen und seinen Willen unternommen, so kann der Autor verlangen, dass der Verleger, binnen einer angemessenen Frist, die von ihm beabsichtigte Auflage herstellt und sich dann der weiteren Vervielfältigung enthält.[3])

Das Verlagsrecht kann auch für eine bestimmte Zahl von Exemplaren übertragen werden, und es steht dann in dem Belieben des Verlegers, ob er dieselbe auf einmal oder in mehreren Auflagen herstellen will, falls nicht die Verabredung nur als die Bestimmung eines Maximums für die dem Verleger eingeräumte einzige Auflage anzusehen ist.[4]) Wenn das Verlagsrecht für eine bestimmte

---

[2]) Wächter S. 262 und die daselbst Not. 12 angeführten Schriftsteller, Harum S. 157, Klostermann S. 299 und 340.

[3]) Klostermann S. 341 f.; der Autor kann nicht der Anwendung der Stereotipie widersprechen, wie dies Wächter S. 271 und Harum S. 157 annehmen.

[4]) Dies ist Sache der Interpretation. Hat der Verleger das Verlagsrecht für eine Auflage von 2000 Exemplaren erworben und demnächst durch nachträgliche Bedenken

Zeit übertragen wird, so ist der Verleger weder in der Zahl noch in dem Umfange der Auflagen beschränkt. Er muss sich jedoch so einrichten, dass er die veranstalteten Auflagen innerhalb der bestimmten Zeit absetzt, denn mit dem Ablauf derselben erlischt nicht nur sein Recht der Vervielfältigung, sondern er verliert auch das Recht des Vertriebes der noch vorräthigen Exemplare und er ist nicht befugt, von dem Autor zu verlangen, dass er vor der Veranstaltung einer neuen Auflage diesen Vorrath übernehme.

Eigenthümlich gestaltet sich die Begrenzung des Verlagsrechtes für die Beiträge zu periodischen Schriften, da einerseits sich aus der aufgestellten Regel ergiebt, dass der Beitrag nur für den Umfang der Auflage der Zeitschrift an deren Verleger übertragen ist, andererseits nach § 10 des Gesetzes über das Urheberrecht vom 11. Juni 1870 der Verfasser, falls nichts Anderes verabredet ist, nach zwei Jahren vom Ablauf des Jahres des Erscheinens an gerechnet den Beitrag auch ohne Einwilligung des Verlegers anderweit abdrucken darf. Zum Wiederabdruck solcher Beiträge ist also nur der Autor und zwar innerhalb der folgenden zwei Jahre nur mit Einwilligung des Verlegers befugt. Der Verleger darf, wenn die erste Auflage der Zeitschrift vergriffen ist, nicht ohne Einwilligung der Mitarbeiter einen Wiederabdruck veranstalten, wie dies thatsächlich durch Unkenntniss der Verleger und der Mitarbeiter allerdings mehrfach geschehen ist.

Ein beschränktes Verlagsrecht kann auch so übertragen werden, dass mehrere Ausgaben **gleichzeitig bei verschiedenen** Verlegern erscheinen. Dabei pflegt das Verlagsrecht jedes Verlegers auf ein bestimmtes Absatzgebiet beschränkt zu werden. So wird bei Musikalien häufig das Verlagsrecht getheilt für Deutschland, Frankreich und England veräussert. Ebenso wird aus Anlass der hohen Englischen Papiersteuer häufig von Englischen Schriften eine besondere Ausgabe zur Verbreitung auf dem Kontinente in Deutschland veranstaltet und so ein zwischen dem englischen und dem deutschen Verleger getheiltes Verlagsrecht konstituirt.[5]) Das Gesetz über das Urheberrecht vom 11. Juni 1870 stellt die Ueberschreitung des räumlich getheiten Verlagsrechtes, also die wissentliche Verbreitung der auswärtigen Ausgabe im Inlande, für welches ein anderer Buchhändler das Verlagsrecht besitzt, nicht unter Strafe, da die bezügliche Bestimmung des § 78 der Regierungs-Vorlage bei der Plenarberathung im Reichstage gestrichen wurde. Gleichwohl enthält die Ueberschreitung des dem Verleger eingeräumten Verlagsgebietes eine Verletzung des Verlagsvertrags gegenüber dem Verfasser, und dieser kann von dem benachtheiligten Verleger zur Cession seines Klagerechtes angehalten werden. Dagegen kann der Sortimentsbuchhändler, welcher die nur für das Ausland autorisirte Auflage im Inlande verbreitet,

über den Umfang des zu erwartenden Absatzes sich bestimmen lassen nur 1000 Exemplare herzustellen, so würde es unbillig sein, ihm nach Verkauf dieser Auflage die Herstellung des zweiten Tausend zu untersagen, falls nicht bestimmte Gründe für die Absicht der Kontrahenten sprechen, das Verlagsrecht auf eine einmalige Auflage zu beschränken. A. M. Wächter S. 274.

[5]) Klostermann S. 353, Volkmann in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 14 S. 110—125.

weder civilrechtlich von dem Verfasser belangt werden, mit welchem er in keinem Vertragsverhältniss steht, noch findet die Strafe der Verbreitung des Nachdrucks (§ 25 des Gesetzes vom 11. Juni 1870) auf ihn Anwendung, weil die im Auslande verlegten Exemplare nicht den Bestimmungen des Gesetzes zuwider angefertigt sind. Die internationalen Verträge mit Frankreich, Belgien und Italien enthalten übereinstimmend die Vorschrift, dass bei getheiltem Verlagsrecht die Exemplare der ausschliesslich für das eine Land autorisirten Auflage in dem anderen Lande als unbefugte Nachbildung angesehen werden sollen.[6]) Diese Vorschrift ist jedoch nach dem gegenwärtigen Zustande der deutschen Gesetzgebung ein lex imperfecta geblieben.

§ 398.

D. Neue Auflagen.

Nach erfolgter beiderseitiger Erfüllung bleibt der Verlagsvertrag in dem für den Verleger begründeten Verlagsrecht, welches erst mit dem vollständigen Absatz des Verlagsvorraths und eventuell der weiteren dem Verleger gestatteten Auflagen erlischt, fortbestehen. Der Verleger ist in Ermangelung besonderer Verabredung nicht verpflichtet von dem letztern Rechte Gebrauch zu machen, muss aber, wenn die erste Auflage vergriffen ist, nach dem oben Seite 618 Gesagten, entweder selbst die neue Auflage veranstalten oder auf das Verlagsrecht verzichten. Macht der Verleger von seinem Rechte Gebrauch, so erneuern sich in Bezug auf die neue Ausgabe die durch den Verlagsvertrag begründeten beiderseitigen Verpflichtungen. Der Autor muss dem Verleger die für die neue Ausgabe nothwendig gewordenen Fortsetzungen, Nachträge und Umarbeitungen liefern. Entspricht der Autor der Aufforderung des Verlegers zur Verarbeitung des Textes nicht, so ist letzterer befugt, die nothwendigen Ergänzungen und Veränderungen des Textes anderweit bewirken zu lassen, jedoch muss er dann den Druck so einrichten, dass der ursprüngliche Text des Verfassers von den späteren Zusätzen unterschieden werden kann. Die Frage, ob der Autor für die Vornahme der nothwendigen Veränderungen eine Gegenleistung beanspruchen kann, ist verschieden zu beantworten. Wenn für jede künftige Auflage ein besonderes Honorar bedungen ist, so enthält dasselbe zugleich die Entschädigung für die Mühewaltung des Autors bei der Redaktion der neuen Ausgabe. Ist überhaupt kein Honorar bedungen, so kann der Verleger die nothwendige Umarbeitung der neuen Ausgabe nur gegen eine angemessene Entschädigung verlangen. Ist das Honorar für sämmtliche Auflagen in einer Summe zum voraus entrichtet, so muss nach den Umständen beurtheilt werden, ob die Absicht der Kontrahenten dahinging, den Autor zu künftigen unentgeltlichen Dienstleistungen bei der Re-

[6]) Die Uebereinkunft zwischen Deutschland und Frankreich vom 19. April 1883 Art. 11 beschränkt das getheilte Verlagsrecht auf musikalische und dramatisch-musikalische Werke. Ueber die übrigen deutschen Literar-Konventionen vgl. Klostermann, Das Urheberrecht, Berlin 1876 S. 19, 277.

daktion der neuen Auflage zu verpflichten. Zu vermuthen ist diese Absicht keineswegs. Wird der Autor zur unentgeltlichen Arbeit verpflichtet, so muss er im Falle vertragswidriger Weigerung dem Verleger die Kosten anderweitiger Bearbeitung ersetzen. Neben den Veränderungen, welche durch die neue Ausgabe nothwendig werden, stehen dem Verfasser auch willkürliche Aenderungen des Textes frei und der Verleger darf die Aufnahme derselben in die neue Ausgabe nicht verweigern, wenn nicht eine erhebliche Vermehrung der Herstellungskosten dadurch verursacht oder die Verkäuflichkeit des Werkes dadurch beeinträchtigt wird. Der Verleger darf ohne Erlaubniss des Verfassers willkürliche Veränderungen des Inhalts nicht vornehmen.[1]

§ 399.

E. Beendigung und Cession.

Durch den vollständigen Absatz der dem Verleger gestatteten Auflagen wird bei beschränkt übertragenem Verlagsrecht der Verlagsvertrag beendigt. Bei unbeschränktem Verlagsrecht tritt die Beendigung erst mit dem Erlöschen des Urheberrechts ein.

Das Allg. Preuss. Landrecht gestattete im Th. I. Tit. 11 §§ 1018, 1019 dem Verfasser eine veränderte Ausgabe in einem anderen Verlage zu veranstalten, sofern er dem vorigen Verleger alle noch vorräthigen Exemplare der ersten Ausgabe gegen Baarzahlung des Buchhändlerpreises abnehme. Diese Bestimmung enthielt eine Milderung des im § 1013 ausgesprochenen Satzes, dass das ohne ausdrückliche Beschränkung übertragene Verlagsrecht sich auf alle Auflagen erstrecke, indem dem Autor Gelegenheit gegeben würde, durch Veranstaltung einer veränderten Ausgabe das unbestimmt übertragene Verlagsrecht zu beendigen. Da die Vorschrift des § 1013 nach dem oben S. 630 Gesagtem durch allgemeine Handelsgewohnheit beseitigt ist, so fällt damit auch die Ausnahme des § 1018 fort. Jedenfalls kann der Autor nicht die ausdrückliche Uebertragung des Verlagsrechtes für künftige Auflagen dadurch vereiteln, dass er eine veränderte Ausgabe in anderem Verlage veranstaltet.

Dem Verzicht auf die Veranstaltung weiterer Auflagen steht der Fall gleich, wenn der Verleger den unverkauften Vorrath der Auflage als Makulatur verkauft, indem auch in diesem Falle das Verlagsrecht zu Gunsten des Autors beendigt wird.

Der Tod des Autors beendigt den Verlagsvertrag durch Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn der Verfasser vor der Vollendung des Werkes stirbt. Weder der Verleger ist gehalten die Erfüllung des Vertrages durch einen Dritten anzunehmen, noch sind die Erben verpflichtet das versprochene Schrift- oder Kunstwerk herzustellen oder zu vollenden. Auch wenn das Werk unvollendet hinterlassen ist, bleibt der Vertrag aufgelöst und es bedarf einer neuen Verein-

---

[1] Vgl. Klostermann S. 351 und die daselbst citirten Entscheidungen, Wächter S. 294 f.

barung zwischen dem Verleger und den Erben des Autors über die Vollendung und die Herausgabe des nachgelassenen Werkes. War jedoch der vollendete Theil bereits vervielfältigt, so ist der Verleger befugt, das Werk als Bruchstück herauszugeben und durch einen Dritten fortsetzen zu lassen. Er muss alsdann auch das etwa stipulirte Honorar verhältnissmässig an die Erben zahlen. Der Tod des Verlegers beendigt den Verlagsvertrag nicht, da seine Leistungen vertretbar sind, folglich auf seine Rechtsnachfolger übergehen. Dasselbe gilt von dem Erlöschen der Verlagsfirma. Auch die Uebertragung des Verlagsrechts durch Vertrag ist nach § 3 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 ebenso zulässig, wie dasselbe durch den Verlagsvertrag von dem Urheber auf den ersten Verleger übertragen wird. Die Uebertragbarkeit des Verlagsrechtes wurde früher von Wächter S. 365 aus dem Grunde bestritten, weil das Verlagsrecht von der Verbindlichkeit der Vervielfältigung nicht getrennt werden könne, und der Verleger nicht ohne Zustimmung des andern Kontrahenten sich einen andern Schuldner substituiren dürfte. Dies ist jedoch unwichtig, da durch die Uebertragung des Verlagsrechts der Verleger sich nicht einen andern Schuldner substituirt, sondern nur einen Andern für sich erfüllen lässt, während er selbst dem Autor für die übernommenen Leistungen als ursprünglicher Schuldner verhaftet bleibt. Es ist nicht ersichtlich, wesshalb Wächter den Verleger nach erfolgter vollständiger Herstellung der Auflage für befugt erklärt, das Verlagsrecht mit der Verpflichtung zum Vertriebe abzutreten, während dies vor erfolgter Vervielfältigung nicht zulässig sein soll. Es ist gewiss richtig, dass, wie Wächter bemerkt, der Verlagsvertrag häufig mit Rücksicht auf die Person des Verlegers geschlossen wird. Allein es ist dann ganz besonders die Rücksicht auf den sorgfältigen und erfolgreichen Vertrieb des Werkes, welche die Wahl des Verlegers bestimmt, da ja der Druck in den meisten Fällen nicht von dem Verleger selbst bewirkt wird. Uebrigens ist dem Autor unbenommen, ausdrücklich zu bedingen, dass eine Uebertragung des Verlagsrechts nicht ohne seine Einwilligung erfolgen soll.[2])

Der zufällige Untergang der veranstalteten Auflage z. B. durch Feuer beendigt den Verlagsvertrag nur, wenn derselbe sich nicht auf weitere Auflagen erstreckte. In diesem Falle ist nämlich das Recht des Verlegers zur Vervielfältigung durch die veranstaltete Auflage konsumirt und die vertragsmässig übernommene Verbreitung durch den Untergang der Auflage unmöglich geworden. Selbstverständlich wird jedoch der Verleger von der Zahlung des etwa stipulirten Honorars durch den Untergang der Auflage nicht entbunden. Zur Veranstaltung einer neuen Auflage an Stelle der untergegangenen ist der Verleger, dessen Verlagsrecht auf eine Auflage beschränkt wird, weder berechtigt noch verpflichtet. Trifft der zufällige Untergang nur einige Bogen, so ist der Verleger ebenso berechtigt als verpflichtet, dieselben neu drucken zu lassen, weil der theilweise Untergang die Verbreitung des Werkes nicht unmöglich macht, diese aber ohne vorherige Ergänzung nicht erfolgen kann.[3])

[2]) Gambastide. Traité des contrefaçons p. 138.

[3]) Klostermann S. 370. Kramer S. 162 und Wächter S. 291 f. — Letzterer

Wird die Vervielfältigung durch den zufälligen Untergang des Manuskriptes unmöglich, so wird der Verlagsvertrag aufgelöst, da der Autor zu einer neuen Ausarbeitung nicht gezwungen werden kann. Geht das Werk nach der Ablieferung beim Verleger unter, so wird derselbe zwar von der übernommenen Verpflichtung der Vervielfältigung befreit; er muss jedoch das etwa stipulirte Honorar zahlen. Ist der Untergang von dem einen oder dem anderen Theil verschuldet, so ist Schadenersatz nach den allgemeinen Regeln zu leisten. Treten vor der Vervielfältigung Umstände ein, welche den Zweck der Veröffentlichung vereiteln, wird z. B. das Gesetzbuch, dessen Erläuterung Gegenstand des Werkes ist, vor der Herausgabe aufgehoben, so kann der Verleger dem etwaigen Verlangen des Autors, dass er das Werk dennoch vervielfältigen solle, die exceptio doli entgegensetzen, während er zur Zahlung des etwa bedungenen Honorars verpflichtet bleibt. Wird die Beschlagnahme und demnächst die Einziehung des vervielfältigten Werkes wegen strafbaren Inhaltes verhängt, so treten die Wirkungen des zufälligen Unterganges ein. War die Einziehung von dem Verfasser verschuldet, während die Strafbarkeit des Inhaltes dem Verleger unbekannt geblieben war, wie dies insbesondere beim Nachdruck der Fall sein kann, so ist der Verfasser dem Verleger zur Schadloshaltung verpflichtet. Der Verleger kann auch vor erfolgter Vervielfältigung die Aufhebung des Verlagsvertrages wegen des ihm nachträglich bekannt gewordenen strafbaren Inhaltes des Werkes verlangen.[4])

Der Konkurs über das Vermögen des Verlegers berechtigt, wenn er vor erfolgter Vervielfältigung ausbricht, den Autor, von dem Verlage zurückzutreten, weil anzunehmen ist, dass beim Abschluss des Vertrages auf die Person des Verlegers und auf dessen Geschäftslage Rücksicht genommen ist. Der Konkursverwalter ist ebenso nach § 15 der Konkursordnung zum Rücktritt berechtigt. Wird der Konkurs nach erfolgter Vervielfältigung eröffnet, so bleibt

---

unterscheidet, ob die Auflage noch in der Druckerei verbrannt, oder ob bereits der Anfang damit gemacht ist, sie in Verkehr zu bringen und will im ersteren Falle dem Verleger das Recht zu neuem Satz und Druck geben. Andere halten überhaupt den Verleger zur Erneuerung der untergegangenen Auflage für berechtigt, während sie eine Verpflichtung zur Erneuerung gegenüber dem Autor nicht annehmen (Förster § 134 Not. 51, Endemann § 173 Not. 62). Nur die absichtliche Vernichtung oder die Verwendung als Makulatur soll dem Verkauf gleichstehen. Folgerichtiger nimmt Kuntze in von Holzschuhers Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts 3. Aufl. Bd. III S. 800 an, dass der Verleger zur Erneuerung der zufällig untergegangenen Auflage sowohl berechtigt als auch verpflichtet sei. Man wird jedoch eine Verpflichtung des Verlegers zur nochmaligen Erfüllung des in der Hauptsache bereits erfüllten Verlagsvertrages nicht statuiren können und folglich, da das Recht zur Erneuerung nur in Verbindung mit der entsprechenden Pflicht bestehen kann, annehmen müssen, dass der über nur eine Auflage geschlossene Verlagsvertrag durch den zufälligen Untergang der fertig hergestellten Auflage beendigt wird. Der Verleger wird also zweckmässig sein Magazin nach dem Buchhändlerpreise der vorräthigen Exemplare versichern, und wenn er dies thut, so liegt darin keine Ueberversicherung.

4) Harum S. 165, Wächter S. 379, Eisenlohr S. 84.

der Verlagsvertrag bestehen und das Verlagsrecht kann für Rechnung der Gläubigerschaft veräussert werden.[5])

§ 400.

F. Verfolgung des Verlagsrechts.

Gegen die unbefugte Vervielfältigung des Werkes steht sowohl dem Autor als dem Verleger der Rechtsschutz zu und dieser besteht theils in der unmittelbaren Verhinderung des Nachdrucks durch die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare und der Vorrichtungen zum Nachdruck, theils wird derselbe mittelbar dadurch gewährt, dass der Nachdrucker zur Entschädigung des Berechtigten verpflichtet und ausserdem mit einer Geldstrafe belegt wird. Auch wenn ein unbeschränktes Verlagsrecht an dem Werke besteht, kann doch der Autor durch die unbefugte Vervielfältigung Schaden leiden, so z. B. wenn in dem Verlagsvertrag ein Honorar für die folgenden Auflagen stipulirt ist, welches ihm durch den Nachdruck entzogen wird. Bei beschränktem Verlagsrechte trifft der Schaden in jedem Falle sowohl den Autor als den Verleger, diesen, indem der Absatz der ihm vertragsmässig zustehenden Auflage durch die Verbreitung gehindert wird, jenen, indem auch die weitere Nutzung des Urheberrechts durch künftige Auflagen in Folgen des Nachdrucks geschmälert wird. Es wird in der Regel schwierig sein, den für beide Berechtigte entstandenen Schaden genau festzustellen, während die Summe des dem gemeinschaftlichen Verlagsunternehmen erwachsenen Schadens sich nach der Zahl der abgesetzten Nachdruckexemplare leicht bemessen lässt. Es ist unmöglich, eine Regel dafür aufzustellen, wie sich unter den verschiedenen Voraussetzungen der durch den Nachdruck entstandene Schaden auf den Autor und den Verleger vertheilt. Hatte der Nachdrucker z. B. 500 Exemplare seines Nachdruckes verbreitet, so ist der dem Autor und dem Verleger zusammen entgangene Gewinn unbedenklich auf den aus dem Verkaufe ebensovieler Exemplare zu ziehenden Erlös anzurechnen. Allein wie viel von diesem Gewinne dem Autor und wie viel dem Verleger entgehen wird, wenn etwa die dem letzteren gehörige Auflage bis auf 600 Exemplare abgesetzt ist, hängt von ungewissen künftigen Ereignissen ab. Findet nämlich gar kein weiterer Absatz statt, so trifft der ganze Verlust den Verleger, während umgekehrt der ganze Gewinn dem Autor entgeht, wenn der Verleger den Rest seiner Auflage noch vor dem gewöhnlichen buchhändlerischen Zahlungstermin absetzt.[1])

Der Nachdruck kann auch vom Autor zum Nachtheile des Verlegers begangen werden, indem er mit Verletzung des bestellten Verlagsrechtes, das Werk ganz oder theilweise neu abdrucken lässt. Ebenso begeht der Verleger einen

---

[5]) Vgl. das Urtheil des Oberhofgerichts zu Karlsruhe vom 4. Februar 1867. Klostermann S. 338. 348. — Wächter S. 384. — Petsch S. 119. — Endemann S. 830 legt dem Konkurs eine aufhebende Wirkung nur dann bei, wenn das Vertragsverhältniss einen höchst persönlichen Karakter hat; ebenso Eisenlohr S. 89.

[1]) Klostermann, Das geistige Eigenthum Bd. I S. 430.

Nachdruck zum Nachtheile des Autors, wenn er bei beschränktem Verlagsrecht eine grössere Anzahl von Exemplaren anfertigt als ihm vertragsmässig oder gesetzlich gestattet ist, oder wenn er nach beendigtem Verlagsrecht einen neuen Abdruck des Werkes veranstaltet. (Gesetz vom 11. Juni 1870 § 5 c.). In beiden Fällen steht dem Verletzten neben der Kontraktsklage der Antrag auf Strafverfolgung und auf Verhängung einer Busse zu (oben Bd. II. S. 293 f.). Für den Thatbestand des vom Autor begangenen Nachdrucks ist die oben Seite 618 erörterte Unterscheidung der Uebertragung eines ausschliesslichen Vervielfältigungsrechtes und der blossen Gestattung der Vervielfältigung wichtig. Die Absicht der Uebertragung eines ausschliesslichen Rechtes kann übrigens nicht bloss ausdrücklich erklärt werden, sondern auch aus den Umständen erhellen. Sie wird vermuthet werden müssen, wenn der Verleger den Abdruck des Werkes mit Aufwand von besonderen Kosten übernahm, da er in diesem Falle darauf rechnen musste, dass dem Absatz seiner Auflage keine Konkurrenz seitens des Autors bereitet werden werde. Anders verhält es sich bei der Aufnahme von nicht honorirten Beiträgen in periodischen Schriften. Hier tritt jedoch die Bestimmung des Gesetzes vom 11. Juni 1870 § 10 ein, wonach solche Beiträge, falls nichts Anderes verabredet ist, erst nach zwei Jahren vom Ablauf des Erscheinungsjahres gerechnet anderweit abgedruckt werden dürfen.

III. Der Sortimentsbuchhandel.

§ 401.

Der Vertrieb der vom Verleger hergestellten Auflage erfolgt in der Regel nicht unmittelbar durch den letzteren, sondern durch Vermittelung des Sortimentsbuchhändlers. Der Verkehr zwischen letzterem und dem Verleger wird durch die Kommissionäre vermittelt, welche übrigens lediglich Mandatare der Verleger und Sortimenter sind und in deren Namen nicht bloss für deren Rechnung kontrahiren. Auch die Geschäfte des Sortimentshandels sind, wenn sie gewerbsmässig betrieben werden, nach Art 272 N. 5 H.G.B. Handelsgeschäfte. Das Vertragsverhältniss zwischen dem Verleger und dem Sortimentsbuchhändler hat sich in verschiedenen Formen zum Theil eigenartig entwickelt. Bei der Uebersendung gegen feste Rechnung oder gegen Baar finden einfach die Regeln vom Waarenkauf Anwendung. Anders verhält es sich mit dem Konditionsgeschäft, bei welchem die Zusendung auf Bestellung des Sortimentsbuchhändlers oder auch ohne solche unter der Bedingung erfolgt, dass demnächst entweder der vom Verleger bestimmte Preis zu zahlen oder das Buch zurückzuliefern ist. Dem Sortimentsbuchhändler wird ein Rabatt in Prozenten des Ladenpreises bewilligt (in der Regel 25 %), wogegen er die Kosten der Zusendung und der Rücksendung von und nach den Kommissionsplätzen (Leipzig, Stuttgart, Berlin) zu tragen hat. Das Konditionsgeschäft hat sich unter dem Einflusse der bewunderungswürdigen Organisation des deutschen Buchhandels in ganz bestimmten Geschäftsformen einheitlich ausgeprägt und ist durch den Handelsgebrauch in eingehender Weise geregelt.[1]) Der Antrag zu dem Konditionsgeschäft kann sowohl von dem Sortimentsbuchhändler als von dem Verleger ausgehen. Die Offerte des Sortimenters ist entweder an einen bestimmten Verleger und auf ein bestimmtes Buch gerichtet, oder sie bezieht sich generell auf neue Erscheinungen überhaupt oder aus einem bestimmten Gebiete der Literatur. Die generelle Offerte kann sowohl an einen einzelnen Verleger als auch an die

[1]) Vgl. Wächter, Das Rechtsverhältniss zwischen dem Verleger und dem Sortimentsbuchhändler über die à condition gegebenen Artikel, Zeitschr. f. H.R. Bd. II S. 473—444. Buhl, Das Konditionsgeschäft im deutschen Buchhandel das. Bd. XXX S. 142—180. Schürmann, Die Usancen des deutschen Buchhandels 1867. Endemann, Lehrbuch S. 831. F. H. Meyer, Organisation und Geschäftsbetrieb des deutschen Buchhandels 2. Aufl. 1874.

Verleger überhaupt gerichtet werden.[2]) Auch dies allgemeinste Anerbieten ist nach buchhändlerischer Usance abweichend von der im Art. 337 des H.G.B. gegebenen Regel eine vollwirksame Offerte des Sortimenters, welche jeder Verleger während des Kalenderjahres durch Zusendung von Neuigkeiten acceptiren kann. Die allgemeine Offerte bezieht sich auf neu erschienene Bücher (einschliesslich der neuen Ausgaben), welche im laufenden Jahre noch nicht zur allgemeinen Versendung gelangt sind. Sie erstreckt sich nur auf ein Exemplar jedes Buches und hat die Bewilligung von 25 % des Ladenpreises zur Voraussetzung. Die Acceptation durch den Verleger erfolgt regelmässig stillschweigend durch Zusendung des bestellten oder vom Verleger auf Grund der allgemeinen Offerte gewählten Buches an den Sortimenter oder dessen Kommissionär, womit der Konditionsvertrag perfekt wird.[3]) Die Acceptation muss rechtzeitig erfolgen; bei allgemeiner Offerte gilt die Versendung als rechtzeitig, wenn sie nicht später erfolgt als die Versendung an die übrigen Sortimentsbuchhandlungen des Ortes.

Die Offerte des Verlegers richtet sich stets speziell an einen bestimmten Sortimenter und auf ein bestimmtes Buch. Die Versendung der sogenannten Wahlzettel oder der Prospekte über ein einzelnes Buch begründet nicht die Verpflichtung für den Verleger, das angekündigte Buch dem Besteller auf Kondition zu liefern. Eine stillschweigende Offerte des Verlegers liegt vor, wenn er ohne spezielle Bestellung oder generelle Offerte dem Sortimenter ein Buch zuschickt, oder wenn er Bücher unbestellt versendet, welche nicht Neuigkeiten sind. Die Offerte des Verlegers wird von dem Sortimenter stillschweigend durch Verkauf der übersandten Bücher oder durch Versendung zur Ansicht acceptirt; das blosse Stillschweigen enthält nicht die Annahme des Konditionsanerbietens.

Die Verpflichtung des Verlegers aus dem Konditionsgeschäft besteht in der Zusendung des Buches an den Sortimenter oder dessen Kommissionär. Die Transportkosten trägt bei der regelmässigen Versendung über Leipzig bis zu diesem Orte der Verleger und weiter der Sortimenter. Bei direkter Versendung auf Bestellung fallen sie ganz dem Sortimenter zur Last. Der Verleger muss das auf Kondition versendete Buch dem Sortimenter bis zur Ostermesse des folgenden Jahres belassen, falls er sich nicht die frühere Rückforderung beim Vertragsschluss ausdrücklich ausbedungen hat.

Der Sortimenter ist verpflichtet, vor der Ostermesse des auf die Uebersendung folgenden Jahres das übersandte Buch an den Verleger zurückzusenden oder an dem usancemässigen Abrechnungstermin (der vierte Montag nach Ostern) den Nettopreis desselben an den Verleger zu zahlen. Das Konditionsgeschäft kann durch besondere Uebereinkunft verlängert werden. Dies geschieht regelmässig auf ein Jahr und die Bücher, welche dem Sortimenter für ein weiteres Jahr belassen werden, bezeichnet man im Buchhandel als Disponenden. Das Vertragsverhältniss bleibt unverändert, doch gilt usancemässig der Verleger als berechtigt, die Disponenden auch im Laufe des Geschäftsjahres zurückzufordern.

---

[2]) Dies geschieht herkömmlich durch das allgemeine Adressbuch für den deutschen Buchhandel.

[3]) Endemann, H.R. § 94 II. — Buhl a. a. O. S. 150.

Die Zurücklieferung der Remittenden und die Zahlung des Nettopreises für die nicht zurückgesandten Bücher erfolgt am Kommissionsplatze.[3a])

Gleiche Grundsätze sind auch für den buchhändlerischen Verkehr an den Kommissionsplätzen Stuttgart, Berlin, Wien, Prag und Zürich angenommen, nur mit verschiedenen Abrechnungsterminen und sonstigen Abweichungen in Einzelheiten.[4]) Während die bisher erörterten Bestandtheile des Rechtsgeschäftes durch den Handelsgebrauch bestimmt und in allen Einzelheiten geregelt sind, bestehen verschiedene Meinungen in Bezug auf andere Wirkungen des Konditionsgeschäftes, zunächst darüber, ob der Sortimenter verpflichtet ist, den Absatz der in Kondition übernommenen Bücher zu betreiben. Die Frage ist zu bejahen, da der Zweck des Geschäftes für den Verleger gerade in der Verbreitung des Buches besteht und durch die blosse Aufnahme der Neuigkeiten in das Lager des Sortimenters ohne Versendung zur Ansicht, Auflegung oder sonstige Bekanntmachung nicht erreicht wird. Es ist daher gleichgültig, in welche Vertragskategorie man das Konditionsgeschäft einreihen will, in jedem Falle muss die Thätigkeit des Sortimenters als ein natürlicher Bestandtheil des Geschäftes betrachtet werden. Will der Sortimenter diese Thätigkeit nicht übernehmen, so muss er das übersandte Buch zurücksenden, ohne den usancemässigen Termin zur Zurücklieferung abzuwarten und der Verleger ist zur vorzeitigen Rückforderung befugt, wenn der Sortimenter den Vertrieb gänzlich unterlässt. Andere Fragen lassen sich dagegen nur ausgehend von der begrifflichen Konstruktion des Rechtsverhältnisses beantworten. Dies gilt zunächst von der Frage, ob der Sortimenter befugt ist, über den von dem Verleger festgesetzten Ladenpreis hinauszugehen und den erzielten Ueberschuss für sich zu behalten. Diese Frage ist zu verneinen, sofern man das Geschäft nach der Regel des Mandats oder der Verkaufskommission beurtheilt; dagegen zu bejahen, wenn man dasselbe als Kauf unter der auflösenden Bedingung der rechtzeitigen Rückgabe oder als Trödelvertrag ansieht. Dasselbe gilt von der Frage, ob der Sortimenter die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt. Sowohl über die begriffliche Auffassung des Rechtsverhältnisses als auch über die beiden erwähnten Einzelfragen besteht eine noch nicht zum Austrag gebrachte Verschiedenheit der Meinungen. Mit der Verkaufskommission stimmt der Konditionsvertrag darin überein, dass der Sortimenter wie der Kommissionär beim Vertriebe der Bücher im eigenen Namen handelt; dagegen unterscheidet er sich von der Verkaufskommission dadurch, dass der Verleger das Verhältniss nicht kündigen kann und dass der Sortimenter nicht die Erstattung seiner Spesen, insbesondere der Transportkosten, fordern kann, sondern lediglich auf den im Falle des Verkaufs ihm zufallenden Rabatt angewiesen ist. Von dem resolutiv bedingten Kauf unterscheidet sich das Geschäft dadurch, dass nach dem bestehenden Handelsgebrauch das Eigenthum des übersandten Buches nicht auf den Sortimenter übergeht, dass vielmehr der Verleger befugt ist, im Konkurse über das Vermögen des Sortimenters die versandten

[3a]) Schürmann, Usancen S. 120—136.

[4]) Buhl a. a. O. S. 162 f.

Bücher zu vindiziren.[5]) Ebenso wenig kann das Geschäft als ein Kauf nach Belieben betrachtet werden, weil der Sortimenter nicht erst mit der Erklärung das Buch kaufen zu wollen, sondern sofort mit dem Eingehen des Konditionsgeschäftes kontraktliche Verpflichtungen übernimmt. Dagegen hat Buhl a. a. O. S. 178 f. den Nachweis geführt, dass das Konditionsgeschäft in allen wesentlichen Bestimmungen mit dem Trödelvertrage des Civilrechts übereinstimmt. Es finden sich bei beiden Vertragsformen die Hingabe zum Verkaufe, die alternative Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung. Die Aestimation, durch deren Leistung der Trödler frei wird, ist beim Konditionsgeschäft in dem von dem Verleger angesetzten Nettopreise gegeben; ebenso hat der Sortimenter wie der Trödler ein Recht auf den Mehrerlös, indem er die Differenz zwischen dem Nettopreise und dem Verkaufspreise für sich behalten darf.[6]) Jedenfalls kommt das Konditionsgeschäft dem Trödelvertrag am nächsten und unterscheidet sich von diesem höchstens dadurch, dass der Ladenpreis von dem Verleger bestimmt wird, so dass der Gewinn des Buchhändlers in dem Rabatt vom Ladenpreise ausgedrückt zu werden pflegt. Betrachtet man das Konditionsgeschäft als eine Art des Trödelvertrags, so sind die oben vorbehaltenen Fragen dahin zu beantworten, dass das Eigenthum der in Kondition gegebenen Bücher nicht auf den Sortimenter übergeht, dass derselbe aber die Gefahr des zufälligen Unterganges trägt, sofern er durch spezielle oder generelle Offerte den Anstoss zur Eingehung des Geschäftes gegeben hat, das Geschäft also in seinem Interesse abgeschlossen ist.[7]) Ist die Offerte von dem Verleger ausgegangen, so steht der Sortimenter nicht für den Zufall, wohl aber für alle Nachlässigkeit ein.

Die Frage, ob der Sortimenter befugt ist, beim Verkauf über den Ladenpreis hinauszugehen, welchen der Verleger vorgeschrieben hat, wird zwar von mehreren Schriftstellern verneint.[8]) Eine buchhändlerische Usance liegt aber in dieser Beziehung unzweifelhaft nicht vor. Allerdings hat die öffentliche Bekanntmachung des Ladenpreises durch den Verleger und die Möglichkeit das Buch durch jede Sortimentsbuchhandlung zu beziehen, thatsächlich den Erfolg, dass zwar häufig unter dem Ladenpreise verkauft wird, eine Ueberschreitung desselben aber meistens nicht möglich ist. Dennoch wird an manchen Kurorten und an andern Orten, an welchen zeitweise (während der Saison) eine allgemeine Preissteigerung der Lebensbedürfnisse besteht, auch der Ladenpreis der Bücher von den Sortimentern durchgehends gesteigert.

---

5) Schürmann a. a. O. S. 166; Buhl a. a. O. S. 175 S. 178.

6) Dieselbe Ansicht hat Dernburg § 189, wogegen Endemann § 173 Not. 98 das Konditionsgeschäft als einen auch vom Trödelvertrag verschiedenen eigenartigen Kontrakt auffasst.

7) Vgl. l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19,5. Nach einer Uebereinkunft des Buchhändler-Börsenvereins in Leipzig soll der Empfänger bei den von ihm bestellten Konditionssendungen für zufälligen Schaden haften, ausgenommen bei Verlusten, bei welchen sich der Empfänger durch keine Versicherung schützen kann. Diese Uebereinkunft ist jedoch nur von einem Bruchtheil der Vereinsmitglieder anerkannt.

8) Wächter, S. 522, Koch in Holtzendorffs Rechtslexikon s. v. Sortimentsbuchhandel Bd. 2 S. 608.

Abschnitt 10.

Die Versicherungsgeschäfte.[1])

(Bearbeitet von Professor Dr. König zu Bern.)

I. Sachversicherungsverträge.

§ 402.

A. Begriff und Gegenstand.

Versicherungsverträge sind auf Seiten des Versicherers Handelsgeschäfte. Beruht dagegen die Versicherung auf Gegenseitigkeit, ist somit nicht Gewinn, sondern gemeinschaftliche Tragung erlittenen Schadens Zweck der Versicherung,

[1]) Literatur: Eine umfassende Bearbeitung des gesammten Versicherungsrechtes existirt in deutscher Sprache noch nicht, und es ist zu erwarten, dass Ehrenberg in der Bindingschen Sammlung von Handbüchern der Rechtswissenschaft die Lücke ausfüllen werde. Hervorzuheben sind die Bearbeitungen in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, von Gerber 14. Aufl. § 202 ff., Stobbe § 197, Beseler § 111; des Handelsrechtes von Thöl I §§ 297—300, Endemann § 174 ff.; des preuss. Privatrechts von Dernburg II § 231 ff., Förster § 145 ff.

Besondere Versicherungsliteratur, mit Ausnahme derjenigen, welche speziell die Lebensversicherung behandelt:

Engelbrecht, Die Assekuranzwissenschaft, Lübeck 1787. Benecke, System des Assekuranz- und Bodmereiwesens 2 Bde. u. 1 Bd. Zusätze 1810 u. 1821; umgearbeitet von J. Nolte 2 Bde. Hamburg 1851 u. 1852. Masius, Lehre der Versicherung, Leipzig 1848. Massias, Die deutschen Versicherungsanstalten und ihre Mängel, Leipzig 1864; Masius, Systematische Darstellung des gesammten Versicherungswesens, Leipzig 1857. Malss, Betrachtungen über einzelne Fragen des Versicherungsrechts, insbesondere der Feuer- und Lebensversicherung, Frankfurt a. M. 1862. Von den nämlichen Studien über Versicherung, in Zeitschr. von Goldschmidt VI 361 ff., VIII 369 ff., XIII 45 ff., 418 ff. und Zeitschr. für Versicherungsrecht 2 Bde. 1866 u. 1868; Endemann, Die Entwickelung des Assekuranzwesens in der deutschen Vierteljahrsschrift 1865 und in Goldschmidts Zeitschr. IX 284 ff., 511 ff. u. 242 ff. Cohn, L., Der Versicherungsvertrag nach allgemeinen Rechtsprinzipien, Breslau 1873 und dazu Laband in Goldschmidts Zeitschr. XIX 644 ff. Gallus, W. Dr., Die Grundlagen des gesammten Versicherungswesens, Leipzig 1874. Lichtenfels, Ueber einige Fragen des Binnen-

so steht der daherige Vertrag nicht unter den Grundsätzen des Handelsrechtes, sondern unter denjenigen des bürgerlichen Rechtes über den Abschluss von Verträgen. Da nun das Deutsche H. G. B. nur die Seeversicherung gesetzlich normirt, so müssen für die übrigen Arten der Versicherung die Gesetze der einzelnen Staaten und die in den Statuten und Reglements der einzelnen Versicherungsgesellschaften enthaltenen Bestimmungen zur Anwendung kommen.

Gegenstand eines Versicherungsvertrags kann nur ein Vermögensnachtheil sein, welchen der Eigenthümer, Gebrauchsberechtigte, Nutzniesser oder Pfandgläubiger durch gänzliche oder theilweise Zerstörung einer Sache in Folge eines bestimmten, zufälligen Ereignisses erleidet, somit nicht die Sache selbst, sondern das Interesse an ihr, der Vermögensnachtheil, welcher für den Versicherten daraus entsteht, dass er dieselbe nicht mehr hat oder nicht mehr gebrauchen kann, oder dass sie ihm nicht mehr die nämliche Sicherheit bietet. Gallus S. 14. Förster, Theorie und Praxis des Preuss. Priv.R. 4. Auflage II 50. Der Lebensversicherungsvertrag gehört daher nicht in die Kategorie der

---

versicherungsrechts mit besonderer Rücksicht auf Oesterreich, Wien 1870. Herrmann, Em., Die Theorie der Versicherung vom wirthschaftlichen Standpunkte, Graz 1869. Saski, Theod., Die volkswirthschaftliche Bedeutung des Versicherungswesens, Leipzig 1865. Hopf, J. D., Aufgaben der Gesetzgebung im Gebiete der Feuerversicherung, Berlin 1880. Betrachtungen über das Rechtsverhältniss der Feuerversicherungsanstalten zu ihren Versicherten, Danzig 1864. Werner, Eug., Das Viehversicherungswesen im deutschen Reich, Leipzig 1876. Lewis, Das deutsche Seerecht, 2 Bde., Leipzig 1877. Schmidt, L., Das Ganze des Versicherungswesens, 1871. Weskett, Theorie und Praxis der Assekuranzen, aus dem Englischen übersetzt von Engelbrecht, Lübeck 1782. Phillips, A Treatise on The Law of Insurance, 2 vol. 5th ed. New-York 1867. May, John Wilder, The Law of Insurance asapplied to Fire, Life, Accident, Guarantee and other non-maritime Risks, 8d ed. Boston 1882. Clarke, J. R., A Treatise on The Law of Insurance, with Supplement, Toronto 1877. Bunyon, The Law of Fire Insurance, London 1867, 2d ed. 1875. Wood, H. G., A Treatise on the Law of Fire Insurance, New-York 1878. Sansum, Oliver B., A Digest of the Law of Insurance, Chicago 1878. Bennet, Edmund H., Fire Insurance Cases 1872—1874, Boston. Alauzet, Isidore, Traité général des Assurances, 2 vol. Paris 1843. Quénault, Traité des Assurances terrestres, Paris 1828. Grun et Joliat, Traité des Ass. terrestres 1828. Emérigon, Traité des Ass. nouvelle éd. par Boulay-Paty 2 vol. Paris 1827. Droz, Traité des Ass. maritimes, 2 vol. Paris 1881. Cauvet, Traité des Ass. marit. 2 vol. Paris 1879. Philouse, Manuel du contrat d'ass., Paris 1879. De Courcy, Etudes sur les Ass. 1862; Le même, L'assurance sur la vie et la propriété, Paris 1779; Bergerem et de Baets, Traité des Ass. terrestres, Gand 1880; Brocher, Ch., Étude sur l'assurance contre l'incendie, Genève 1861. Ferot, G., Assurance à Prime contre l'incendie, Paris 1881. Pandectes belges Vol. X. Bruxelles 1883. Lechartier E. Dictionaire pratique des Assurances terrestres. Paris 1883. Sainctelette, G. Recueil périodique des Assurances. Paris 1883. Walford, Cornelius, The Insurance Cyclopaedia Vol. I—V et VI 1. London. Badon-Pascal, Des sinistres occasionnés par la guerre. Paris 1871; von dem nämlichen: Répertoire général du Journal des Assurances, Paris 1874. Pardessus, Droit comm. 6me ed. par de Rozière. Paris 1856. Rouben de Couder, Dict. de droit comm., Paris 1877—1881. Vol. I 634 ff. Bonneville de Marsangy, Jurisprudence générale des Assurances terrestres, Paris 1882. Pouget, Dictionnaire des assurances terrestres, 2 vol., Paris 1855. Sacerdoti A., Il contratto d'Assicurazione, 2 vol. Padova 1874—1878.

Versicherungsverträge im eigentlichen Sinne, weil er nicht das Interesse an einer Sache und daher auch keine Vermögensbenachtheiligung zum Gegenstande hat. Die Verpflichtung geht nicht auf Ersatz eines erlittenen und auszumittelnden Schadens, sondern auf Zahlung einer zum Voraus bestimmten Summe bei Eintritt des Versicherungsfalles. Der Versuch Endemanns, eine für alle Versicherungsverträge gemeinsame Definition aufzustellen, kann nicht als gelungen betrachtet werden, weil Ungleichartiges mit einander vermengt und nicht auseinander gehalten wird.[2])

Neben der Vermögensbeschädigung, welche durch gänzliche oder theilweise Zerstörung einer Sache herbeigeführt wird, kann noch eine weitere eintreten in Folge der Gebrauchsstörung und Arbeitsunterbrechung (chomage), z. B. beim Brand einer Mühle, einer Fabrik, bei Zerstörung oder Beschädigung von Maschinen. Der Ersatz dieses Schadens bildet in der Regel keinen Bestandtheil der von den Versicherungsgesellschaften übernommenen Verpflichtungen und ist daher in der Regel von ihnen nicht zu ersetzen,[3]) dass er aber nicht ebenfalls Gegenstand der Versicherung sein könne, wird von Gallus S. 5 mit Unrecht behauptet. Die französische und englische Jurisprudenz anerkennt eine solche Versicherung unbedenklich. Auch ein erst noch zu hoffender Gewinn kann versichert werden, wie gegenwärtig ziemlich allgemein zugegeben wird;[4]) doch macht das französische Recht eine Ausnahme, da es das Vorhandensein der versicherten Sache verlangt.[5])

Durch die Versicherung soll keine Bereicherung erzielt, sondern nur eine Vermögensverminderung abgewendet werden. Der Versicherungsnehmer muss daher entweder ein eigenes Interesse an der Integrität der Sache haben, oder die Versicherung zu Gunsten eines Dritten eingehen. welcher ein solches Interesse hat. Fehlt es an einem solchen, so verliert der Vertrag den Karakter eines Versicherungsvertrags und wird zur Wettassekuranz und zum Spiel.

Da nur Ersatz eines eingetretenen Vermögensnachtheiles erreicht werden soll und derselbe von vornherein auf eine feste Summe fixirt werden kann, so ist die so vereinbarte Versicherungssumme nicht nothwendig gleichbedeutend mit der Summe des erlittenen Schadens, sondern bildet in diesem Falle nur das Maximum, bis zu welchem der Versicherer für den möglichen Schaden die Haftung übernommen hat. Ist die Versicherung für den ganzen Werth der Sache genommen worden. so fällt bei Totalverlust die Entschädigungssumme mit der Versicherungssumme zusammen, wenn die letztere nicht wegen unredlicher Werthangabe der versicherten Sache zu hoch bestimmt worden ist; (Zürich § 1711) wurde dagegen die Versicherung für eine geringere Summe oder

[2]) Endemann, H.R. § 174. Stobbe III, Deutsches Priv.R. 197. Lichtenfels S. 111.

[3]) Badon-Pascal, Rep. Général du Journal des Ass. S. 111.

[4]) Endemann, Zeitschr. f. H.R. IX S. 539. Förster II 453. Bergerem p. 169. Bunyon, Fire Ins. S. 111. May § 79, Preuss. L.R. II 8 § 1991, Art. 883 H G.B.

[5]) Rouben de Couder, Dict. com. I S. 642. Pardessus vol. II No. 589 quater.

für einen Bruchtheil des wahren Werthes der Sache genommen und übernommen, so beschränkt sich die Verpflichtung des Versicherers auch bei eingetretenem vollen Schaden entweder auf diesen geringeren Betrag oder auf eine verhältnissmässige Ersatzleistung. Ist der Schaden nur theilweise eingetreten, so tritt je nach der betreffenden Gesetzgebung oder den Statuten der Gesellschaft auch nur eine Verpflichtung zu theilweisem Ersatze ein. So haftet nach Art. 796 des Deutschen H.G.B. der Versicherer im Falle eines nur theilweise eingetretenen Schadens nur im Verhältniss der Versicherungssumme zum realen Werthe der versicherten Sachen.[6])

Uebersteigt bei der Feuerversicherung der Werth der versicherten Gegenstände die darauf versicherte Summe, oder sind sie im Einzelnen oder Ganzen noch anderswo versichert, so wird nach § 7 der allgemeinen Versicherungsbedingungen des Verbandes Deutscher Privat-Feuerversicherungsgesellschaften, der Schaden nur pro rata vergütet. Haben sie einen geringern Werth, als die darauf versicherte Summe, so wird für den Schaden nur nach Verhältniss jenes geringern Werthes Ersatz geleistet.[7])

§ 403.

B. Erfordernisse. Gefahr. Dauer. Prämie.

Ein wesentliches Erforderniss des Sachversicherungsvertrags ist die Bezeichnung der **Gefahr**, gegen deren nachtheilige Folgen die Versicherung genommen wird. Die Lebensversicherung allein hat alle Ereignisse im Auge, welche die Zerstörung des Lebens zur Folge haben können, alle andern setzen eine bestimmte, in der Polize genannte Gefahr voraus, und für den Versicherten entsteht daher ein rechtlicher Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens nur dann, wenn derselbe gerade durch diese bestimmte Gefahr herbeigeführt worden ist. Versicherung gegen Hagelschlag begreift eine auf andere Weise herbeigeführte Zerstörung der Ernte nicht in sich, z. B. durch Unwetter, Ueberschwemmung, Ungeziefer, ebenso ist in der Versicherung eines Gebäudes gegen Brandschaden nicht inbegriffen die Zerstörung durch Erdbeben, Schwammbildungen, Explosionen ohne Feuerausbruch;[1]) Kriegsschäden, die auf Anordnung militärischer Befehlshaber entstehen, werden regelmässig von der Versicherung ausgenommen.

[6]) Lewis, Com. zu Art. 796. Rouben de Couder I ff. 514. Nach Art. 752 des einstweilen bei Seite gelegten schweizerischen Entwurfes wird dagegen vermuthet, dass der Versicherer im Falle eines nur theilweisen Schadens nicht bloss verhältnissmässigen, sondern bis zum Betrage der Versicherungssumme vollen Ersatz zu leisten habe. Gegen die Annahme dieses Grundsatzes, welcher bis vor Kurzem mit Bezug auf die Feuerversicherung im Kanton Bern zur Anwendung gekommen ist, haben die schweizerischen Versicherungsgesellschaften mit Recht energische Verwahrung eingelegt. Bemerkungen derselben S. 19 ff.

[7]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XX 541.

[1]) Allg. Vers. § 1; Kroneker, Ueber Gasexplosionsschaden, in Gruchot, Beitr. XXII 871 ff. Badon-Pascal, Les Sinistres occasionnés par la guerre; Urtheile in Rep. Général 1871 unter Sinistres de guerre et d'invasion, Paris 1874.

Die Gefahr, gegen welche Versicherung genommen wird, muss eine zukünftige sein; dessenungeachtet wird ein Vertrag auch dann aufrecht erhalten, wenn die Parteien sich im guten Glauben befanden und keine von ihnen bei Abschluss des Vertrags gewusst hat, dass die Gefahr entweder bereits überstanden oder bereits eingetreten sei. Hat dagegen der Versicherungsnehmer die erste Thatsache gekannt, so ist der Vertrag nichtig und es entstehen aus demselben weder Rechte noch Verbindlichkeiten. Dieser für die Seeversicherung allgemein anerkannte Satz des H. G. B.[2]) wird auch vollständig oder theilweise auf die übrigen Arten der Versicherung angewendet.[3])

Die **englische** Gesetzgebung lässt den bona fide abgeschlossenen Vertrag nur dann gelten, wenn die Klausel lost or not lost beigefügt ist,[4]) während die **amerikanische** die Versicherung bestehen lässt, wenn den Parteien die Thatsache des eingetretenen oder vermiedenen Schadens unbekannt gewesen ist.[5]) Unter den gleichen Voraussetzungen lässt das französische Recht eine Polize auch zu Recht bestehen, stellt jedoch in Art. 366 Code de comm. eine präsumtio juris et de jure für die Kenntniss der Thatsache auf, wenn sich aus einer Berechnung der Entfernung ergibt, dass entweder an dem Orte der Ankunft oder des Verlustes des Schiffes oder von dem Orte, woher die erste Nachricht davon eingegangen ist, diese letztere noch vor Unterzeichnung des Vertrags an den Abschlussort gelangen konnte. Wurde jedoch der Vertrag abgeschlossen sur bonnes ou mauvaises nouvelles, so besteht die Vermuthung des Art. 366 nicht, und es kann der Vertrag nur durch den Beweis nichtig erklärt werden, dass der Versicherungsnehmer oder der Versicherer Kenntniss gehabt haben von dem Eintritt oder dem Ausbleiben der Gefahr.[6])

Das **italienische** Recht schwächt die Fiktion des code de com. zu einer einfachen Vermuthung ab, gegen welche der Gegenbeweis zulässig ist, und überlässt es dem Richter, zu entscheiden, ob die Thatsachen eine Vermuthung begründen oder nicht.[7])

Das **zürcherische** Gesetz endlich verpflichtet den Versicherer, welcher bei Abschluss des Vertrags wusste, dass die Gefahr, um deren willen die Versicherung begehrt wurde, bereits vorbei sei, zur Rückzahlung des doppelten Betrags der Prämie, § 1719. Diese Bestimmungen beziehen sich auch auf die Fälle, wenn die Gefahr zwischen der Antragstellung und der Ausfertigung der Polize eingetreten oder vermieden worden ist.

Zu den wesentlichen Bestandtheilen des Versicherungsvertrags gehört ferner

[2]) S. Art. 789, Code de com. Art. 365 u. 366. Schweiz. Entwurf Art. 546, Cauvet Ass. marit. I p. 382 u. Note.

[3]) Preuss. L.R. II 8 §§ 2027, 2200. Oesterr. b. G.B. Art. 1291. Stobbe III § 197. Endemann, H.R. § 174. Gerber, Deutsches Priv.R. § 202 No. 4. Malss, Betr. S. 18 ff. Goldschmidt, Zeitschr. XIII S. 111.

[4]) Smith, Merc. Law S. 351.

[5]) Phillips, Law of Ins. I 519. Kent, Commentaires III S. 259. Arnould, Mar. Ins. I 223.

[6]) Cauvet, Ass. mar. I 380. Droz, Ass. mar. I 382 ff. Pardessus II No. 785.

[7]) Sacerdoti I 246.

die Festsetzung seiner **Dauer**. Dieselbe beträgt in der Regel ein Jahr und es wird in der Polize sowohl Anfangs- als Endpunkt derselben genau angegeben. Indessen gibt es Versicherungen gegen Gefahren, welche nur während einer bestimmten Jahreszeit oder eines bestimmten Zeitraums eintreten können und nachher nicht mehr, z. B. Hagelversicherung. Nach beendigter Ernte kann das schadenbringende Ereigniss nicht mehr eintreten. Ferner bei Transportversicherungen und Versicherungen für eine Reise, eine Eisenbahnfahrt. Der Vertrag kann aber auch auf eine Reihe von Jahren geschlossen werden. In allen Fällen dauert die Verpflichtung des Versicherers nur während der vertragsmässig vereinbarten Versicherungszeit und erlischt, wenn vor Ablauf derselben eine Erneuerung nicht stattgefunden hat.

Endlich gehört zu den wesentlichen Bestandtheilen des Versicherungsvertrages die **Festsetzung** der **Prämie** als Gegenleistung des Versicherungsnehmers. Diese ist entweder auf einmal oder periodisch, gewöhnlich jährlich zu leisten und die Festsetzung ihrer Höhe in der Regel Sache der freien Uebereinkunft der Parteien. Ist dieselbe in den Statuten oder Tarifen einer Gesellschaft bestimmt, so wird angenommen, die statutenmässige Prämie sei auch die vereinbarte, und eine Abweichung wird daher nicht vermuthet, sondern ist von demjenigen zu beweisen, der sie behauptet. Bei der staatlichen Versicherung ist auch die Höhe und der Bezug der Prämien gesetzlich geordnet.

C. Der Vertragsschluss.

§ 404.

1. Art des Abschlusses.

Der Versicherungsvertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Der Antrag geht vom Versicherungsnehmer aus und zwar durch Ausfüllung und Unterzeichnung einer Deklaration, deren Formular vom Versicherer festgestellt ist und mit Ausnahme der Prämie sich auf alle wesentlichen Momente des abzuschliessenden Vertrags erstreckt. Gegenstand, Ereigniss resp. Gefahr, Dauer der Versicherung und Versicherungssumme. Ueber die Bedingungen, unter welchen Versicherungsgesellschaften Verträge abzuschliessen pflegen, geben ihre Statuten Auskunft. Dieselben werden dem Antragsteller auf sein Begehren zugestellt und es darf daher angenommen werden, er kenne die allgemeinen Vertragsbedingungen und stelle seinen Antrag auf Grund derselben. Er kann sich daher nicht auf Unkenntniss berufen.[1]) Durch Annahme des Antrags von Seiten der Gesellschaft oder Anstalt wird der Vertrag perfekt, insofern nicht eine erhöhte, sondern nur die in den Tarifen festgesetzte regelmässige Prämie gefordert wird. Ist dies nicht der Fall, sondern nöthigen besondere Verhältnisse die Gesellschaft, höhere Prämien zu verlangen, so wird der Vertrag erst dann perfekt, wenn der Antragsteller hiezu seine Zustimmung gegeben hat und auch über die Prämie Uebereinstimmung erzielt worden ist. Das Nämliche ist

[1]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XXII 255.

der Fall, wenn in anderer Beziehung die Annahme der Gesellschaft von dem Antrage abweicht und der Inhalt der Polize daher mit dem letzteren nicht übereinstimmt. Wird aber die Polize vom Versicherungsnehmer ohne Widerspruch angenommen, so liegt darin eine Zustimmung zu den abweichenden Bestimmungen. Die erwähnten allgemeinen Versicherungsbedingungen des Verbandes Deutscher Privat-Feuerversicherungsgesellschaften enthalten daher in § 3 folgende Bestimmung: „Durch die von Seiten des Versicherten erfolgte Annahme der Polize resp. des Prolongationsscheines, sowie der etwa dazu ertheilten Veränderungsgenehmigungen und Nachträge wird sein Einverständniss mit den darin enthaltenen Bestimmungen, insbesondere mit der darin bestimmten Prämie und Dauer der Versicherung konstatirt.[2])

Als Handelsgeschäft kann jeder Versicherungsvertrag formlos, somit auch mündlich abgeschlossen werden, Art. 317 des H.G.B., und als Konsensualvertrag wird er mit der Konsenserklärung gegenseitig verbindlich. Die Polize, welche die Versicherungsgesellschaft dem Versicherungsnehmer einseitig ausstellt, ist in diesem Falle nur ein Dokument über den abgeschlossenen Vertrag, aber keine Bedingung seiner Gültigkeit.[3])

Wenn dagegen die Gesetzgebungen[4]) oder die Statuten der Gesellschaften zur Gültigkeit des Vertrags die Schriftlichkeit verlangen, so ist die Wirksamkeit desselben durch die schriftliche Abfassung bedingt und von ihr abhängig, und ein bloss mündlich abgeschlossener Vertrag ist nicht zur Perfektion gelangt und desshalb auch nicht wirksam geworden.[5])

In der Praxis bildet, namentlich bei Feuer- und Lebensversicherungen, die Schriftlichkeit so sehr die Regel, dass mündliche Lebens- oder Feuerversicherungen zu den weissen Raben gehören. Von deutschen Gesetzgebungen fordert das Preuss. A. L.R. Th. II Art. 2064 u. 2101 die Schriftlichkeit des Versicherungsvertrags, und es wurde diese Vorschrift auch durch das preussische Einführungsgesetz zum D.H.G. nicht ausdrücklich aufgehoben. Dessenungeachtet wird gegenwärtig in Theorie und Praxis allgemein angenommen, dass auch im Geltungsgebiet des Preuss. A. L.R. die Formvorschriften desselben durch das

---

[2]) Goldschmidt, Zeitschr. XX 538; XV 611 ff.

[3]) Lewis, Seerecht II 199. Förster, Fr., Priv.R. II 461. May, Law of Insurance spricht sich in § 43 folgendermaassen über diese Frage aus: If upon all these points, an agreement has been arrived at, and no stipulation is made, that the delivery of the policy shall be test of the consummation of the contract, and no law makes such delivery a condition precedent to its validity from that time unless another time is fixed, the contract is complete, and binds the parties. The policy, as we have seen, is not essential to its validity. It is but the form and embodiment, the expression and evidence of what has already been agreed upon adding nothing thereto and detracting nothing therefrom.

[4]) Wie der Code de com. Art. 332. Holland 255. Zürich § 1705. England 30 u. 31. Vict. c. 23 sect. 7.

[5]) Kübel in Malss Zeitschr. f. V.R. I 350 ff.

Deutsche Handelsgesetzbuch beseitigt seien und Versicherungsverträge daher formlos abgeschlossen werden können.[6])

In vielen Statuten wird ausdrücklich bestimmt, dass der Vertrag erst perfekt werde durch Zahlung der ersten Prämie und Aushändigung der Polize. Allein in diesen Handlungen liegt eine Vollziehung des Vertrags und nicht ein Abschluss desselben,[7]) und es bezieht sich daher diese häufig bei Versicherungen verschiedener Art vorkommende Bestimmung nicht auf die Perfektion, sondern auf die Wirksamkeit des Vertrages. Es soll der Zeitpunkt bezeichnet werden, von welchem an die Haftbarkeit der Gesellschaft eintritt und der Versicherungsnehmer nicht nur aus dem Vertrag verpflichtet, sondern auch aus demselben berechtigt und gegen eine bestimmte Gefahr versichert ist.[8]) Der Versicherungsnehmer, dessen Antrag angenommen worden ist, kann nicht mehr einseitig zurücktreten, er ist gebunden und kann zur Zahlung der Prämie verhalten werden. Die Versicherungsgesellschaft übernimmt dagegen die Verpflichtung, bei eintretender Gefahr Entschädigung zu leisten oder die Versicherungssumme zu bezahlen, erst vom Augenblick an, wo die erste Prämie einbezahlt worden ist.[9])

§ 405.

2. Die den Vertrag schliessenden Personen.

Der Versicherungsvertrag setzt einen **Versicherungsnehmer** und einen **Versicherer** voraus.

Als **Versicherungsnehmer** kann Jedermann Verträge abschliessen, der sich überhaupt durch Verträge verpflichten kann. Minderjährige oder unter Vogtschaft stehende Personen bedürfen hiezu der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter. Dem Versicherungsvertrag muss ein Interesse zu Grunde liegen, allein dasselbe muss nicht nothwendig ein eigenes, sondern kann auch ein fremdes, dasjenige eines Dritten sein. Es kann somit auch eine fremde Sache in dieser Weise Gegenstand einer Versicherung werden, dass der Eigenthümer derselben unmittelbar Rechte gegen den Versicherer erwirbt und aus dem Vertrag klagen kann. Nach römischem Recht kann ein Dritter aus einem solchen Vertrage nur dann Rechte herleiten, wenn derselbe in seinem Auftrag abgeschlossen oder nach dem Abschluss von ihm ratifizirt worden ist. Auf diesem Standpunkt steht das Preuss. A. L.R. Nach Th. II Tit. 8 § 1945 desselben muss der Vertrag für fremde Rechnung entweder von einem dazu

---

[6]) Malss, Zeitschr. f. H.R. XIII 78 ff. Die Entscheidung des Obertribunals zu Berlin vom 29. März 1870, welche an der Schriftlichkeit festhielt, wurde allgemein als unrichtig verurtheilt. Zeitschr. f. H.R. XIX 232 u. 233 Note von Laband; Kreyssner in Behrends Zeitschr. V. S. 172. Entsch. des R.O.H.G. V 9 ff. Förster II S. 451. Dernburg, P. P.R. II 626.

[7]) Entsch. des R.O.H.G. IX 383. Malss, Zeitschr. f. V.R. I. S. 278 ff.

[8]) Stobbe III 356.

[9]) Zeitschr. f. H.R. XIII 81. Entsch. des R.O.H.G. IX S. 382 ff.

Bevollmächtigten abgeschlossen sein, wozu jedoch auch Handlungsfaktoren und Disponenten gerechnet werden (§ 1950); oder es muss der Dritte den in seinem Namen und Interesse von einem negotiorum gestor abgeschlossenen Vertrag vor Eintritt der Gefahr genehmigt haben, wobei jedoch eine stillschweigende Genehmigung schon dann angenommen wird, wenn derjenige, in dessen Namen die Versicherung genommen oder ertheilt worden, nach davon erlangter Kenntniss binnen der gesetzlichen Frist keinen gerichtlichen Protest einlegt (§ 1951).

Das Holländische Gesetzbuch Art. 264 ff. gestattet dagegen die Versicherung für einen Dritten, selbst ohne Wissen desselben; indessen muss in der Polize angegeben werden, ob solche kraft eines Auftrages oder ohne Wissen des Betheiligten stattfinde (Art. 265). Im gleichen Sinne wird die Frage auch in Art. 786 des **D. H.G.B.** entschieden. Damit die Versicherung für fremde Rechnung für den Versicherer verbindlich sei, muss der Versicherungsnehmer entweder in Folge eines Auftrages gehandelt haben, oder es muss der Mangel eines solchen dem Versicherer angezeigt sein. Aus einem auf diese Weise abgeschlossenen Vertrage wird der Dritte unmittelbar berechtigt, ohne dass es einer nachträglichen Genehmigung bedürfte. Diese Bestimmungen sind aufgestellt für Seeversicherungen, und derogiren für sie den Vorschriften des Preuss. A.L.R. Art. 1945 [1]): ob dieselben aber für nicht maritime Versicherungen ebenfalls durch diejenigen des Art. 786 des H.G.B. ersetzt seien, erscheint zweifelhaft. Die neuesten Bearbeiter des Preuss. L.R., Dernburg und Förster, scheinen die Frage zu verneinen, während Malss u. Stobbe dieselbe unbedingt, wenngleich ohne weitere Begründung, bejahen.[2])

Der Versicherungsvertrag kann auch abgeschlossen werden zu Gunsten einer noch unbekannten Person auf Rechnung „wen es angeht", wobei es bei Abschluss des Vertrags zweifelhaft sein kann, ob die Versicherung für eigene oder fremde Rechnung genommen worden ist. Wenn aus einem solchen Versicherungsvertrage ein Anspruch geltend gemacht wird, so muss der Nachweis erbracht werden, dass dem Ansprecher das versicherte Interesse zur Zeit des Unfalls zustand und dass ihn der Schaden betroffen hat.

Ergibt sich aber bei einer Versicherung für Rechnung „wen es angeht", dass dieselbe für fremde Rechnung genommen ist, so kommen nach Art. 785 Abs. 2 des H.G.B. die Vorschriften über die Versicherung für fremde Rechnung zur Anwendung. Demgemäss ist in solchem Falle die Versicherung für den Versicherer nur verbindlich, wenn entweder der Versicherungsnehmer zur Eingehung derselben von dem später deklarirten Versicherten beauftragt war, oder wenn der Mangel eines Auftrags von dem Versicherungsnehmer bei dem Abschluss des Vertrags dem Versicherer angezeigt wird.[3]) Auch das Zürcherische

---

[1]) Dazu Note von Koch.

[2]) Malss, Zeitschr. f. H.G. VIII 577 und Stobbe III 259.

[3]) Entsch. d. R.O.H.G. XIV 123 ff. Wunderlich, Jurisprudenz des O.A.G. zu Lübeck I S. 336. Damit ist aber, wie Lewis richtig bemerkt, ausgeschlossen die Versicherung des sog. objektiven Interesses, d. h. zu Gunsten dessen, welchem zur Zeit des Unfalls dieses Interesse etwa zustehen könnte, Lewis zu Art. 785 II S. 194.

Gesetzbuch lässt eine Polize auf den Inhaber nur ausnahmsweise zu bei geringfügigen Versicherungen oder soweit die Uebung und das Interesse des rascheren Verkehrs dieselbe rechtfertigen. § 1720.

Wird der Versicherungsvertrag abgeschlossen „mit oder ohne Auftrag", so ist derselbe ein bedingtes Rechtsgeschäft und erlangt bindende Kraft erst durch die Genehmigung desselben durch den Versicherten. Eine solche kann aber selbst dann noch ertheilt werden, wenn der Versicherte bereits von dem Eintritt des Schadens Kenntniss erlangt hat.[4])

Der **Kommissionär** schliesst den Vertrag in eigenem Namen ab, aber für fremde Rechnung; er allein wird daher dem Versicherer gegenüber verpflichtet, und die Frage, ob er für die ausgelegte Prämie Ersatz zu fordern berechtigt sei, ist nach den Eigenthümlichkeiten des einzelnen Falles zu beurtheilen.[5]) Zu Versicherung des Gutes ist der Kommissionär nach Art. 367 des H.G.B. zwar berechtigt, verpflichtet aber nur dann, wenn er einen Auftrag vom Kommittenten erhalten hat. Ein solcher kann aber auch stillschweigend gegeben werden, was dann anzunehmen ist, wenn der Kommissionär seine Waare zu versichern pflegt und der Kommittent daher zur Annahme berechtigt ist, seine Waaren werden übungsgemäss versichert, wenn eine entgegengesetzte Weisung nicht ertheilt worden sei.[6])

Versicherer oder Versicherungsgeber kann jede Privatperson sein, welche sich durch Verträge verpflichten kann. In der Regel aber ist es eine Gesellschaft oder für einzelne Versicherungsarten, namentlich die Feuerversicherung, der Staat. Nur durch regelmässigen Betrieb des Versicherungswesens und Uebernahme einer grossen Anzahl von Versicherungen ist es möglich, dem Geschäfte seinen gewagten Karakter zu nehmen, Gewinn und Verlust auszugleichen und feste, zuverlässige Grundsätze für die Berechnung der Prämien festzustellen. Für den Abschluss von Verträgen bedarf die Gesellschaft der Vertretung durch ihre Organe. Welches dieselben sind, ergibt sich aus den Statuten, ebenso ob die Agenten, und welche, zur Vertretung der Gesellschaft befugt seien. In der Regel wird dieses Recht nur den Generalagenten eingeräumt, den Spezialagenten dagegen entzogen, indessen steht es der Gesellschaft auch frei, die Kompetenzen ihrer Generalagenten zu beschränken und der engern Verwaltung den Entscheid über die Annahme oder Ablehnung eines Versicherungsvertrags vorzubehalten.

[4]) Lewis zu Art. 786.

[5]) Hahn zu Art. 367 u. 371 H.G.B.

[6]) Ueber die Verpflichtungen des Kommissärs vgl. Grünhut, Das Recht des Kommissions-Handels § 28 und die dort angeführten.

§ 406.

3. Verpflichtungen bei dem Abschluss. Insbesondere Anzeigepflicht.

Die Vorschrift, welche in Art. 810 des H. G. B. für Seeversicherungen aufgestellt ist, findet auch Anwendung auf nicht maritime Versicherungen. Demgemäss ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, dem Versicherer bei Abschluss des Vertrags alle ihm bekannten erheblichen Thatsachen mitzutheilen, d. h. alle diejenigen Umstände, welche wegen ihrer Erheblichkeit für die Beurtheilung der von dem Versicherer zu tragenden Gefahr geeignet sind, auf den Entschluss des Letzteren sich auf den Vertrag überhaupt oder unter denselben Bestimmungen einzulassen. Diese Verpflichtung nennt man die **Anzeigepflicht** des Versicherungsnehmers.[1])

Nach dem Vorgange des Preuss. A. L.R. und des Hamburger Plans hatte der preussische Entwurf in Art. 615 ff. eine Reihe einzelner Fälle aufgezählt, welche zur Anzeige gebracht werden müssen, ohne jedoch Vollständigkeit anzustreben. Bei der definitiven Feststellung des Gesetzestextes wurde indessen von einer solchen Aufzählung Umgang genommen, weil dieselbe keine vollständige sei und in einzelnen Fällen die Verschweigung gewisser Thatsachen bedeutungslos sein könnte. Eine Verschweigung ist nur dann vorhanden, wenn dem Versicherungsnehmer die verschwiegene Thatsache bekannt war, oder ihm ohne ein grobes Versehen nicht unbekannt geblieben sein konnte. Dagegen wird ihm eine sorgfältige Erkundigung nicht zur Pflicht gemacht und eine Verschweigung daher nicht angenommen, wenn eine Thatsache nicht angezeigt worden ist, welche nur bei genauer Erkundigung hätte in Erfahrung gebracht werden können, oder deren Vorhandensein der Antragsteller nur mit grösserer oder geringerer Bestimmtheit vermuthet hatte.[2]) Dagegen kommt es nicht darauf an, ob er die **Erheblichkeit** des Umstandes für den Entschluss der Gesellschaft, sich auf den Versicherungsantrag einzulassen, erkannt hatte oder nicht, insofern der betreffende Umstand in Form unzweideutiger Fragen formulirt worden war.[3])

Welche Thatsache als erheblich und welche dagegen als unerheblich zu betrachten sei, bleibt in Ermangelung eigener Kundgebungen des Versicherers dem richterlichen Ermessen anheimgestellt. Dabei kommt es auch gar nicht darauf an, ob die Besorgniss, zu welcher die Kenntniss der verschwiegenen Thatsache Anlass geben konnte, begründet gewesen sei oder nicht,[4]) und ebensowenig, ob ein **Kausalzusammenhang** zwischen derselben und dem eingetretenen Schaden nachgewiesen werden könne, sondern es genügt vollkommen, wenn mit Grund angenommen werden darf, die Versicherungsgesellschaft hätte den Vertrag

---

[1]) Code de Com. Art. 348.

[2]) Kierulff, Entsch. II 36.

[3]) Entsch. des R.O.H.G. XVII 25.

[4]) Seuffert, Archiv VI Nr. 248, Entsch. des R.O.H.G. XVI 37 VI Nr. 27. Art. 348, C. de Com.

gar nicht oder nicht unter den nämlichen Bedingungen abgeschlossen, wenn ihr der verschwiegene Umstand bekannt gewesen wäre. Dies wird namentlich in einem Urtheil des O. A. G. Lübeck vom 24. Dezember 1852 ausgesprochen. Für die Wahrheit einer gemachten Anzeige ist der Versicherte in Ansehung solcher Umstände, von welchen er selbst persönlich Wissenschaft haben musste, jedenfalls gehalten, gleichviel in welchem Sinne sie gemacht worden ist, wenn sie nur Einfluss haben konnte auf den Entschluss des Versicherers, z. B. in Ansehung der Prämie, und es ist dabei ganz gleichgültig, ob der angegebene Umstand mit dem erlittenen Unfall in Verbindung steht oder nicht.

In gleicher Weise hat sich das R. O. H. G. ausgesprochen in seinem Urtheil vom 26. April 1873. „Nicht minder ist den beiden Vorinstanzen darin beizutreten, dass es für die Anwendung des § 35 cit. nicht entscheidend ist, ob eine unrichtig angegebene oder verschwiegene Thatsache den vorzeitigen Tod des Versicherten hinterher wirklich herbeigeführt hat oder nicht,[5]) denn nicht der Kausalnexus, sondern die schuldvolle Verletzung der dem Versicherungsnehmer obliegenden Diligenz und die ganz besondere Rücksicht auf Treue und Glauben, welche sich der Versicherungsnehmer und Geber gegenseitig schulden, ist der Grund, welcher die Versicherung bei unrichtiger Deklaration unverbindlich macht. Dies ergibt sich schon daraus, dass der § 13 cit. ganz allgemein von demjenigen spricht, was auf den Abschluss der Versicherung hätte von Einfluss sein können, d. h. also was mit Rücksicht auf den Inhalt der gestellten Fragen und nach vernünftigem Ermessen für die Beurtheilung der Grösse der zu übernehmenden Gefahr um für den Entschluss der Versicherung (sei es nun überhaupt oder zu einer bestimmten Prämie) zu übernehmen, auf Seite des Versicherers hätte mitwirken können."[6])

Dem Verschweigen einer bekannten, erheblichen Thatsache wird gleich geachtet die Behauptung einer unrichtigen. Die Gesellschaften pflegen dem Antragsteller eine Reihe von Fragen zur Beantwortung mitzutheilen, welche sich auf die Natur der Gefahr, des Gegenstandes, welcher der Gefahr ausgesetzt ist, seine Beschaffenheit, Umgebung, Werth, stattgefundene Versicherung u. s. w. beziehen. Bei Lebensversicherungen wird gefragt nach dem Gesundheitszustand, der Lebensweise, Alter, erbliche Krankheiten, Grund der Versicherung, wirkungslos gebliebene Versicherungsversuche u. s. w. Die Gesellschaften verlangen gewissenhafte Beantwortung dieser Fragen, wobei Laband[7]) richtig bemerkt, es werde dabei davon ausgegangen, dass bei Abschluss von solchen Verträgen die normalen, gewöhnlichen, üblichen und dem andern Theile bekannten oder erkennbaren Eigenschaften, Umstände, Voraussetzungen u. s. w. nicht ausdrücklich erklärt zu werden brauchen, sondern als stillschweigend gewollt, genehmigt oder vorausgesetzt gelten, Abweichungen von dem normalen Zustande dagegen angezeigt resp. im Falle ihrer Zusicherung gewährt werden müssen.[8])

[5]) Vgl. Entsch. IV 61.
[6]) Entsch. IX 286.
[7]) Zeitschr. f. H.R. 19 S. 648.
[8]) Wolff in Malss Zeitschr. f. V.R. II 343.

Der Versicherer soll daher annehmen dürfen, dass ihm der Antragsteller weder etwas Erhebliches und ihm Bekanntes verschwiegen, noch etwas Unwahres oder Unrichtiges behauptet habe. Genügt der Antragsteller seiner Anzeigepflicht nicht, so entsteht für den Versicherer keine Verbindlichkeit, und es tritt diese Folge ein, unabhängig von der bona fides und dem Verschulden des Deklaranten.[9]) Dieser Grundsatz wird von den bestehenden Gesetzgebungen beinahe allgemein anerkannt, wie sich aus folgenden Anführungen ergibt:

Deutsches H.G.B. Art. 810: Der Versicherungsnehmer ist sowohl im Falle der Versicherung für eigene Rechnung als im Falle der Versicherung für fremde Rechnung verpflichtet, bei dem Abschluss des Vertrags dem Versicherer alle ihm bekannten Umstände anzuzeigen, welche wegen ihrer Erheblichkeit für die Beurtheilung der von dem Versicherer zu tragenden Gefahr geeignet sind, auf den Entschluss des Letzteren, sich auf den Vertrag überhaupt oder unter denselben Bestimmungen einzulassen, Einfluss zu üben. Wenn der Vertrag für den Versicherungsnehmer durch einen Vertreter desselben abgeschlossen wird, so sind auch die dem Vertreter bekannten Umstände anzuzeigen.

Art. 813. Wird von dem Versicherungsnehmer bei dem Abschluss des Vertrags in Bezug auf einen erheblichen Umstand eine unrichtige Anzeige gemacht, so ist der Vertrag für den Versicherer unverbindlich, es sei denn, dass diesem die Unrichtigkeit bekannt war.

Diese Bestimmung kommt zur Anwendung ohne Unterschied, ob die Anzeige wissentlich oder aus Irrthum, ob mit oder ohne Verschulden unrichtig gemacht ist.

In einem Entscheide des O.A.G. von Berlin wurde angenommen, diese letztere Bestimmung sei eine Singularität der Seeversicherung und bei andern Versicherungsgeschäften könne aus dem dieselben beherrschenden Prinzip von Treu und Glauben nur abgeleitet werden, dass zu der objektiven Unrichtigkeit einer beim Eingehen des Vertrags über erhebliche Umstände beschafften Angabe noch ein subjektives Verschulden des Versicherungsnehmers hinzukommen müsse, damit die Folge der Rescission der Kontraktspflicht des Versicherers herbeigeführt werde.

Diese Auffassung wird nicht allgemein als richtig anerkannt. Malss[10]) und das O.A.G. der vier freien Städte haben im Gegensatz hiezu angenommen, es unterliege keinem Zweifel, dass die über den Assekuranzvertrag geltenden allgemeinen Grundsätze grundsätzlich gleichmässig auf alle der Versicherung unterzogenen Gegenstände anzuwenden seien, ohne Rücksicht darauf, von welcher Art die Gefahr sei, gegen welche die Assekuranz genommen werde.[11]) Die gleiche Auffassung, dass mit Bezug auf unrichtige Angabe und Ver-

[9]) Pauli, Zeitschr. f. H.R. I 382. Malss, ebendaselbst XIII S. 101. Zeitschr. f. V.R. I 108, 169; II 199, 408. Kübel, ebendaselbst I 7 ff.

[10]) Zeitschr. f. V.R. I S. 1 ff.; II 148.

[11]) Wunderlich, Jurisprudenz des O.A.G. i. Lübeck II 389.

heimlichungen die nämlichen Grundsätze alle Arten von Versicherungen beherrschen und ein Vertrag daher aufgehoben werde, wenn wesentliche Momente unrichtig angegeben oder verschwiegen worden seien, ohne Rücksicht auf eine betrügerische Absicht oder ein subjektives Verschulden, wird auch von der grossen Mehrzahl der **englischen und amerikanischen** Schriftsteller vertreten.[12]) Die neuere englische Praxis unterscheidet jedoch zwischen Lebens- und anderen Versicherungen, und verlangt bei den ersteren wissentlich unrichtige Angaben. Wenn jedoch der Vertrag sich ausdrücklich auf die Deklaration stützt, auf Grund welcher der Vertrag abgeschlossen wird und der Versicherungsnehmer nicht nur seinen Glauben an die Richtigkeit der Thatsachen, sondern die Richtigkeit selbst versichert, dann wird die Verbindlichkeit der Versicherungsgesellschaft durch jede uurichtige Angabe aufgehoben, ohne Rücksicht auf Kenntniss oder Unkenntniss des Versicherungsnehmers.[13])

Die **französischen** enthalten regelmässig eine Bestimmung: Les déclarations, soit du contractant soit du tiers assuré servent de base au présent contrat. Toute réticence, toute fausse déclaration qui modifieraient l'appréciation du risque ou en changeraient la nature, annullent de plein droit l'assurance.[14])

---

[12]) Phillips, On the Law of Insurance I 278. The doctrines of misrepresentations and concealment are common to marine, fire and life policies. Blackstone Commentaries ed. Stephen II 140. Another principle universally applicable to Insurance is this that, independently of fraud, which in this, as in every other instance of contract, always entitles the party imposed upon to annul the transaction — any misreprentation of fact, on the part of the assured (whether made by himself, or by his agent, without his knowledge), upon a point material to the insurer's guidance in estimating the risk, will discharge the latter from his liability; and this is so, whether the loss which actually happens hasany connection with the matter misrepresented or not. And the law is the same with respect to the concealment of any circumstance of the like description, provided it were known to the assured at the time of effecting the policy.

Story, Equity Jurisprudence I 231. The general principle is, that in all cases of insurance the insured is bound to communicate to the underwriter all facts and circumstances material to the risk within his knowledge, and if they are withhold whether the concealment be by design or by accident, it is equally fatal to the contract. The same principle applies in all cases where the party is under the obligation to make a disclosure and conceals material facts.

[13]) Pollock Principles of contract 3d ed. S. 504. Crawley, The Law of Life Ins. S. 129 ff.

[14]) Hiezu bemerkt Couteau, Assurance sur la vie II 139: Cette disposition n'est pas une innovation des polices d'assurances sur la vie, elle est empruntée aux règles édictées par le Code de com. pour l'assurance maritime, und der Pariser Gerichtshof hat in einem Entscheide v. 5. Juli 1878 sich ausdrücklich dahin ausgesprochen, dass eine unrichtige Deklaration ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Deklaranten den Vertrag ungültig mache: Attendu en droit que, d'après l'article 348 du Code de com. rappelé par les conventions particulières des parties, comme d'après les articles 1109 et suiv. du Code civil, relatifs aux obligations, il n'y a pas de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol; attendu (la bonne foi de V. fût-elle admissible) que l'erreur produite de bonne foi n'en est pas moins une erreur, et que, viciant le consentement, elle est spécialement, en matière de contrat d'assurance une cause de nullité, alors que la connaissance exacte des faits retenus, faussés

Die nämlichen Grundsätze stellen neben dem Code de commerce auch das holländische Handelsgesetzbuch Art. 251 und das belgische Gesetz vom 17. Juni 1874 Art. 4 auf.[15])

Insofern daher die Gesetzgebung oder die betreffenden allgemeinen Versicherungsbedingungen die Verschweigung oder die unrichtige Angabe erheblicher Momente mit nachtheiligen Folgen bedrohen, kommt die Frage des Verschuldens nicht in Betracht und mit Recht hat das R. O. H. G. angenommen, dass ein allgemeiner Rechtssatz des Versicherungsrechts des Inhalts, dass nur Arglist oder doch höchste Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers den Verlust der Entschädigungsansprüche nach sich ziehen solle, nicht bestehe.[16]) Stobbe behauptet daher [17]) mit Unrecht, das Verschulden sei nur bei objektiv unrichtigen positiven Angaben unerheblich, nicht aber bei Verschweigung erheblicher Thatsachen. Vielmehr kommen in beiden Fällen die nämlichen Grundsätze zur Anwendung. Von den bestehenden Gesetzgebungen beschränkt einzig das Priv. G.Buch für den Kanton Zürich in Art. 1717 die Anzeigepflicht des Versicherten auf die Vermeidung unwahrer Angaben und unredlicher Verschweigungen und erklärt den Versicherungsantrag nur dann als hinfällig, wenn ein Verschulden nachgewiesen werden kann. Dies hindert jedoch die Gesellschaften nicht, in ihren Statuten bei unwahren Angaben und Verschweigungen erheblicher Umstände, ohne Rücksicht auf guten Glauben, jede Verbindlichkeit abzulehnen, und ebensowenig die Gerichte, eine solche lex contractus auch unter dieser Gesetzgebung als für den Versicherungsnehmer verbindlich anzuerkennen.[18])

Dagegen knüpfen allerdings einzelne Versicherungsgesellschaften den Verlust der Rechte aus dem Versicherungsvertrag nur an die absichtliche und wissentliche Verschweigung oder unrichtige Angabe mit Rücksicht auf eine erhebliche Thatsache. In diesem Falle genügt eine objektive Unrichtigkeit der Deklaration nicht, sondern es muss dieselbe ihren Grund in einem subjektiven Verschulden haben. Diesen Nachweis hat jedoch die Gesellschaft nicht zu leisten, sondern den Versicherungsnehmer trifft die Beweislast des Unverschuldens, wenn er sich den Folgen seiner inkorrekten Fragebeantwortung entziehen will. Enthalten dagegen die Statuten der Versicherungsgesellschaft eine solche Bestimmung nicht, so hat der Antragsteller die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Angaben unbedingt zu vertreten, insofern sie erheblich und die verschwiegenen Thatsachen bekannt gewesen sind.[19])

---

outravestis par l'assuré de manière à diminuer évidemment l'opinion du risque, eût determiné la compagnie à ne pas accepter le traité. Marsangy, Jurisprudence des assurances terrestes, 2me Partie p. 577. Pothier contrat d'assurance p. 198. Emérigon, Traité des assurances ed. Boulay de Paty I. 18 ff.

[15]) Bergerem et de Baets, Traité des assurances terrestes p. 217.

[16]) Entsch. IX 66, XVII 25.

[17]) In seinem deutschen Priv.R. III 360.

[18]) Ullmer, Commentar Supplementband S. 594.

[19]) Entsch. d. R.O.H.G. XVI 120, XVI 61. Zeitschr. f. H.R. I 382, XIII 101 ff. Malss, Zeitschr. f. H.R. I 7, 108; II 199.

Nicht jede unrichtige Angabe oder Verschweigung hat die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags oder den Verlust des Rechts auf die Versicherungssumme zur Folge, sondern nur diejenige, welche sich auf eine **erhebliche** Thatsache bezieht, und erheblich ist jede, welche auf die Beurtheilung der von Seiten der Gesellschaft zu übernehmenden Gefahr von Einfluss sein kann, so dass angenommen werden darf, dass sie bei genauerer Kenntniss der thatsächlichen Verhältnisse den Vertrag entweder ganz abgelehnt oder doch nicht unter den nämlichen Bedingungen würde abgeschlossen haben.[20])

Auch die deutschen Gerichte stehen auf dem nämlichen Standpunkte und erklären einen Versicherungsvertrag dann für hinfällig, wenn Thatsachen verschwiegen oder unrichtig angegeben worden sind, welche geeignet waren, das Urtheil der Gesellschaft zu beeinflussen. Dabei wird weder die Einrede berücksichtigt, dass der Deklarant die falsche oder verschwiegene Thatsache als unerheblich angesehen habe, denn dieses Moment sei in erster Linie von der Gesellschaft zu prüfen, noch diejenige, dass es an einem Kausalzusammenhange zwischen dem eingetretenen Versicherungsfall und der unrichtig behaupteten oder der verschwiegenen Thatsache fehle.[21])

Von einer etwas andern Auffassung geht das **englisch-amerikanische** Recht aus mit Bezug auf objektiv unrichtige Angaben. Es wird unterschieden zwischen **Warranty und Misrepresentation.** Die Warranties sind Thatsachen, deren Vorhandensein vom Antragsteller zugesichert und dadurch zu Vertragsbedingungen gemacht worden sind. Von ihrer Richtigkeit hängt die Gültigkeit oder Unwirksamkeit des Vertrags ab. Erweist sich daher eine solche Thatsache aus irgend einem Grunde als irrig oder auch nur als nicht buchstäblich genau, so fällt die Verbindlichkeit der Gesellschaft dahin, auch wenn die Thatsache selbst unerheblich ist und den Versicherungsnehmer keine Schuld trifft, denn sagt Bliss, it defines by way of particular stipulation, description, condition or otherwise the precise limits of the obligation which the insurers undertake to assume.[22])

Arnould gibt von **Warranty** folgende allgemein angenommene Definition: An express warranty is a stipulation inserted in writing on the face of the policy, on the literal truth or fulfilment of which the validity of the entire contract depends.[23]) Unter **Representation** versteht man dagegen eine mündliche oder schriftliche Angabe mit Rücksicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Thatsache oder eines Verhältnisses, worauf gestützt der Vertrag abgeschlossen wird. Da dieselbe nicht in die Polize aufgenommen wird, so entbehrt sie des strengen Karakters einer warranty. Sie wird zur Mis-

---

[20]) Siehe für die französische Praxis die bereits angeführte Jurisprudence général des assurances von Marsangy IIme partie p. 515, 632; IIIme partie p. 255, 274, 277, 290.

[21]) Zeitschr. f. H.R. XIX S. 289. Entsch. d. R.O.H.G. XVI 61; XVIII 24 ff.; IX 286, 65 ff.; XI 134; I 116. Malss, Zeitschr. f. H.R. I 169; II 408. Zeitschr. f. H.R. XIII 103.

[22]) Law of Life Ins. S. 58.

[23]) May l. c. S. 179.

representation, wenn sie **erheblich** ist und **falsch**, und sie hebt die Verpflichtung der Gesellschaft auf, wenn der Antragsteller gewusst hat, dass eine von ihm als wahr behauptete Thatsache unwahr sei, oder wenn er die Angabe gemacht hat, ohne zu wissen, ob sie wahr sei. Unter dieser Voraussetzung kommt es auf die Erheblichkeit derselben nicht an. Wurde dagegen die unrichtige Angabe nicht absichtlich gemacht, sondern aus Irrthum, Vergesslichkeit oder Versehen, so entbindet sie die Gesellschaft von ihrer Verbindlichkeit nur dann, wenn sie sich auf einen erheblichen Umstand bezieht. Amerikanische Schriftsteller stellen hiefür folgende Definition auf:[24])

A representation is a statement incidental to the contract, relative to some fact having refereme thereto, and upon the faith of which the contract is entered into. If false and material to the risk, the contract is avoided. Such a false statement is termed in insurance a misrepresentation, which has been well defined to be the statement of something as fact which is untrue in fact, and which the insured states Knowing-it to be untrue, with the intent to deceive the insurers, or which he states positively as true without knowing it to be true, and which has a tendency to mislead, — such fact, in either case, being material to the risk and adverse to the insurers.[25])

§ 407.

4. Stellung der Agenten.

Bei Abschluss von Versicherungsverträgen sind in der Regel Agenten mit thätig und zwar in doppelter Stellung; entweder als Vertrauensmänner und Vertreter des Antragstellers oder als Angestellte des Versicherers.[1]) Es entsteht daher öfters Streit über die Frage, inwiefern Agenten durch ihre Handlungen den Versicherer verpflichten und inwiefern derselbe die Kenntniss derselben auch als die seinige gegen sich gelten lassen muss. Da auf Agenten der Art. 47 des H. G. B. keine Anwendung findet, so ist ihre Vollmacht und rechtliche Stellung nicht gesetzlich normirt, sondern nach den gegebenen Verhältnissen und dem ertheilten Mandate zu beurtheilen.[2]) Die Frage, ob der Versicherer die Handlungen, Weisungen und Zugeständnisse der Agenten gegen sich gelten lassen müsse, wird namentlich dann von Bedeutung, wenn der Antragsteller den ihm zur Beantwortung übergebenen Fragebogen nicht selbst ausfüllt, sondern durch den Agenten ausfüllen lässt und sich mit Unterzeichnung des Aktenstückes begnügt, oder wenn er, gestützt auf die Belehrung des Agenten, Thatsachen als unerheblich behandelt und deshalb verschweigt, obschon der Versicherer eine sachbezügliche Frage gestellt hat und der betreffende Umstand unzweifelhaft erheblich und geeignet war, auf den Entschluss der Gesellschaft einzuwirken. Die Rechtsprechung ist nun

[24]) Bliss S. 57. Bunyon S. 30 ff. Wharton Law Lexicon, s. v. Representation.
[25]) May l. c. S. 218. Philipps, Law of Ins. I 274.
[1]) Entsch. d. R.O.H.G. V 110.
[2]) R.O.H.G. v. 30. Mai 1876 u. Entsch. II 301.

in diesen Fragen schwankend und die Gerichte sind nicht ungeneigt, die Verantwortlichkeit der Gesellschaft und die Entschuldbarkeit des Antragstellers auszusprechen, auch wenn die positiven Angaben, welche der Agent Namens des Antragstellers gemacht hat, der Wahrheit noch so sehr widersprechen, oder die Verheimlichungen noch so auffallend sind, von der Voraussetzung ausgehend, der Agent habe innerhalb seiner Befugnisse gehandelt.[3])

Diese Auffassung hat jedoch begründeten Widerspruch erfahren. Die Agenten haben in der Regel die Befugniss nicht, für die Gesellschaften Verträge abzuschliessen oder die Vertragsbedingungen zu ändern, sondern nur die Aufgabe, Abschlüsse zu veranlassen und zu vermitteln. Sie haben die Personen aufzusuchen, welche in der Lage sind, Versicherungsverträge einzugehen, ihnen die erforderlichen Papiere zuzustellen, die erforderlichen Anweisungen zu ertheilen, die unterzeichneten Aktenstücke in Empfang zu nehmen und der Gesellschaft zu übersenden u. s. w. Geht nun die Vollmacht des Agenten nicht weiter, so ist er ohne Befugniss, in anderer Weise für die Gesellschaft thätig zu werden und sie zu verpflichten.[4]) Es ist daher im einzelnen Falle die Stellung des Agenten zu prüfen.

Die Versicherungsgesellschaft will von dem Versicherungsnehmer selber Auskunft haben. Sie stellt daher die Fragen an ihn und er hat sie unter seiner Verantwortlichkeit zu beantworten.[5]) Lässt er den Fragebogen durch den Agenten ausfüllen, so wird derselbe für ihn thätig und nicht für die Gesellschaft, und indem er einer von fremder Hand ausgefüllten Deklaration seine Unterschrift beifügt, anerkennt er die Richtigkeit ihres Inhaltes und übernimmt die volle Verantwortlichkeit für denselben. Die Vermuthung spricht auch dafür, dass er sich mit demselben selber bekannt gemacht habe und eine Berufung auf Unkenntniss wäre daher gleichbedeutend mit Berufung auf eigene Nachlässigkeit. Hat sich daher der Agent Unrichtigkeiten zu Schulden kommen lassen, so treffen die daherigen Folgen den Versicherungsnehmer, welcher den Akt zu dem seinigen gemacht hat und daher zu vertreten hat und nicht den Versicherer.[6])

Das Nämliche ist auch dann der Fall, wenn der Antragsteller die Deklaration en blanc unterschreibt und dem Agenten die Ausfüllung überlässt. Durch seine Unterschrift übernimmt er die Gefahr auch einer unrichtigen Beantwortung durch den Agenten, selbst wenn er demselben vollkommen richtige Auskunft ertheilt haben sollte. Die Gesellschaft braucht sich die von dem Versicherungsnehmer verlangte, von diesem aber nicht ertheilte Kenntniss des Agenten über einen verschwiegenen oder unrichtig dargestellten, für die Beurtheilung der Gefahr aber erheblichen Umstand nicht als ihre eigene anrechnen

[3]) Wolff, Zeitschr. f. V.R. I 209 ff., 78; II 189. Zeitschr. f. H.R. XIII 74, 75; XIV 616, 617; XV 609. Entsch. d. R.O.H.G. XVII S. 23, VIII 55 ff., IX 195 ff. May §§ 142, 151, 152 u. 153. Bliss l. c. S. 472.

[4]) Seufferts Arch. 24 Nr. 31, 25 Nr. 73. Malss, Zeitschr. f. H.R. XIII S. 69 ff.

[5]) Lichtenfels S. 52 g. Malss, Betr. S. 37.

[6]) Malss, Zeitsch. f. H.R. XIII 71. Stobbe, Deutsches Priv.R. III 360.

zu lassen.[7]) Sie muss und darf annehmen die von dem Versicherungsnehmer unterzeichneten Antworten seien die seinigen und nicht diejenigen des Agenten, dessen Aufgabe es war, die Beantwortungen des Antragstellers zu übermitteln, nicht aber sie selber zu besorgen.

Hat dagegen der Agent in seiner Eigenschaft als Organ des Versicherers durch eigene amtliche Wahrnehmung Kenntniss bestimmter Thatsachen erhalten, z. B. von der Bauart oder Umgebung eines Versicherungsobjektes, so kann die Gesellschaft sich nicht auf Verschweigung, Verheimlichung oder unrichtige Darstellung und daherige Irreführung von Seiten des Versicherungsnehmers berufen.[8]) Ist ferner der Agent zum definitiven Abschluss und somit zur Vertretung der Gesellschaft bevollmächtigt, so präjudizirt er durch seine unrichtige Ausfüllung der Fragebogen der Gesellschaft und nicht dem Versicherungsnehmer. Mit Ausnahme dieser Fälle aber treffen die Folgen unrichtiger oder unvollständiger Deklaration den Versicherungsnehmer und nicht die Gesellschaft, und er kann sich seinerseits an den Agenten halten, welcher sein Mandat so schlecht erfüllt hat.[9])

Mit Rücksicht auf die Geneigtheit der Gerichte, die Agenten, auch wenn sie für den Antragsteller thätig sind, als Vertreter der Gesellschaft und nicht als blosse Vermittler zu behandeln, pflegen letztere in die Deklarationen eine Bestimmung aufzunehmen folgenden Inhalts: Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in den Antragspiecen gemachten Angaben und Erklärungen ist allein der Antragsteller verantwortlich, auch wenn sie von einem Vertreter der Gesellschaft oder sonst einem Dritten niedergeschrieben sind.[10])

Auch den amerikanischen Polizen pflegt eine solche Erklärung zu gleichem Zwecke und mit gleicher Wirkung beigefügt zu werden. When the policy, however, provides not only that the agent shall be deemed the agent of the applicant not of the company, but further, that the company will not be bound by any thing said by the agent not contained in the application, there can be no escape for the insured. He will find himself practically uninsured.[11])

Hat der Agent zwar keine unrichtigen Thatsachen behauptet, allein den Antragsteller mit Bezug auf die Bedeutung und Tragweite einzelner Ausdrücke oder die Erheblichkeit gewisser Thatsachen irrthümlich belehrt, so wird angenommen, er habe seine Befugniss nicht überschritten und die Gesellschaft könne, den Fall von Betrug oder Konnivenz ausgenommen, sich nicht zu ihrem Gunsten auf die von ihrem Agenten verschuldete Unrichtigkeit berufen,[12]) insofern sich

[7]) Zeitsch. f. V.R. I 150, II 162. Entsch. der R.O.H.G. VIII 55 ff. Seufferts Arch. XXIV Nr. 31 u. 273, XXV 73. Wunderlich, Jurisprudenz der vier Städte II 321.

[8]) Seufferts Arch. l. c. Malss in Zeitschr. f. H.R. XIII 69 ff. und die dort angeführten Fälle. May l. c. § 140.

[9]) Zeitschr. f. H.R. XIII 69 ff., für V.R. I 78, 150, II 162. Seufferts Arch. XXV 73. Rouben de Couder, Dict. de droit com. I 749 Nr. 14. Pouget, Dict. des ass. terrest. Nr. 825. Scratchley decisions S. 28. Bliss S. 485. Bunyon, Life Ins. S. 43. Phillips II S. 527. Wood, On Fire Ins. S. 277, 632 ff.

[10]) Basler, L.V.G. § 1.

[11]) May l. c. § 140. Wood l. c. S. 644 ff.

[12]) Entsch. des R.O.H.G. VII 424, XVII 25. Bliss S. 111 u. 112. May § 120 S. 133. Zeitschr. f. V.R. II 186.

nicht aus der gestellten Frage selbst ihm Erheblichkeit ergibt. Ueber die Stellung der Agenten zu den Antragstellern hat sich das R.O.H.G. in einem Urtheil vom 19. November 1872 in folgender Weise maassgebend ausgesprochen: „Der Appellationsrichter erwägt, dass der Versicherungsnehmer, welcher dem Agenten die Beantwortung der in der Deklaration gestellten Fragen überlässt, dies auf seine Gefahr thut. Damit soll offenbar gesagt sein, der Versicherungsnehmer nehme das Risiko einer unrichtigen Erklärung auf sich; er wolle und müsse sich so behandeln lassen, als ob die von dem Agenten herrührende Erklärung in Wirklichkeit von ihm selber ausgegangen sei, mit der Folge, dass es auf **sein** Wissen um deren Unrichtigkeit, nicht auf dasjenige des Agenten ankomme. Diese Auffassung ist völlig korrekt."

„Ob der Agent einer Versicherungsgesellschaft, welcher den Versicherungsantrag aufnimmt, in dieser Thätigkeit als Mandatar der Versicherungsgesellschaft thätig ist, ob ein Verschulden des Agenten in dieser Beziehung als ein Verschulden der Versicherungsgesellschaft anzusehen sei, und ob an solches Verschulden des Agenten sich die auffallende Rechtswirkung knüpfe, dass das äusserlich, d. h. in der Deklaration unrichtig Erklärte als richtig erklärt zu gelten habe — diese und ähnliche vielerörterte Fragen kommen hier überall nicht in Betracht; denn das versteht sich nach der Natur des Versicherungsvertrags und dem Zweck der Anzeigepflicht von selber, dass die Versicherungsgesellschaft Erklärungen nicht ihres Agenten, sondern des Versicherungsnehmers verlangt, und dass es mit diesem Zweck völlig unverträglich ist, falls der Versicherungsnehmer dem Agenten die beliebige Ausfüllung des Fragebogens überlässt. Wollte man den Agenten hinsichtlich der Ausfüllung des Fragebogens überhaupt als Mandatar der Versicherungsgesellschaft betrachten, so könnte dies doch nur hinsichtlich der Entgegennahme und Aufnahme der Erklärungen des Versicherungsnehmers gelten; man könnte möglicherweise sagen, was der Versicherungsnehmer dem Agenten erklärt, gilt als der Gesellschaft erklärt, Nichtaufnahme solcher Erklärung oder Entstellung derselben im Antragbogen kommt rechtlich nicht in Betracht. Allein ein Mandat zur Aufgabe von Erklärungen an Stelle des Versicherungsnehmers kann selbstverständlich dem Agenten Seitens der Versicherungsgesellschaft nicht ertheilt werden; solches Mandat wäre nicht bloss widersinnig, sondern nichtig."[13])

§ 408.

D. Vermehrung oder Veränderung der Gefahr.

Der Versicherungsvertrag wird abgeschlossen zwischen bestimmten Parteien und mit Rücksicht auf eine bestimmte Gefahr. Weder die eine noch die andere braucht sich eine wesentliche Veränderung mit Bezug auf die persönlichen oder sachlichen Voraussetzungen des Vertrags gefallen zu lassen. So wenig als der Versicherungsnehmer sich gegen seinen Willen an einen andern

---

[13]) Entsch. VIII 57.

Versicherer braucht verweisen zu lassen, so wenig braucht sich der letztere gegen seinen Willen eine Veränderung in der Person des Versicherungsnehmers gefallen zu lassen. Dies ist namentlich der Fall bei der Feuerversicherung. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen des Verbandes deutscher Privat-Feuerversicherungsgesellschaften lassen daher die Entschädigungsverpflichtung erlöschen, wenn, ausser in Erbschaftsfällen, die versicherten Gegenstände den Eigenthümer wechseln und es tritt dieselbe nur dann wieder ein, wenn die Gesellschaft sich zur Fortsetzung der Versicherung schriftlich bereit erklärt.[1]) Die Versicherung wird mit einer bestimmten Person abgeschlossen und ihr gegenüber von Seiten der Versicherungsgesellschaft eine bestimmte Verpflichtung übernommen. Das daherige Recht kann daher nicht einseitig auf einen Dritten übertragen werden oder ipso jure auf einen solchen übergehen, sondern es bedarf hiezu bei Versicherungen jeder Art der Zustimmung des Versicherers, und ist nur möglich in Verbindung mit einem Wechsel des Eigenthümers des versicherten Gegenstandes. Ein solcher muss daher angezeigt und eine Fortsetzung der Versicherung vereinbart werden.[2])

Da ferner ein bestimmter Gegenstand gegen eine bestimmte Gefahr versichert wird, so wird regelmässig die Fortdauer der Versicherung an die Bedingung geknüpft, dass der Karakter des Gegenstandes nicht wesentlich verändert und die Gefahr, welcher derselbe ausgesetzt ist, nicht vermehrt werde.[3]) Der versicherte Gegenstand muss durch Beantwortung der in dem Fragebogen gestellten Fragen und durch eigene Untersuchung genau karakterisirt und beschrieben werden, und es darf die Versicherungsgesellschaft annehmen, dass diese einmal konstatirten Verhältnisse fortdauern und keine wesentliche Veränderung mehr erleiden. Dahin gehört bei Seereisen eine Abweichung von der Reiseroute oder eine Aenderung des Reisezieles.[4]) Nach französischem oder englischem Recht wird dadurch die Verpflichtung des Versicherers gänzlich aufgehoben, nach Art. 818 des H.G.B. dagegen tritt diese Folge nicht ein, wenn die Deviation eine unfreiwillige oder der Schiffer durch das Gebot der Menschlichkeit dazu genöthigt war. Diese Bedingung muss als eine ausnahmsweise strikt interpretirt werden und findet keine Anwendung auf andere Versicherungsarten, so sehr auch die Billigkeit im einzelnen Fall dafür sprechen mag.

Als eine Veränderung des Objektes muss auch angesehen werden die Verbringung desselben in ein anderes Aufbewahrungslokal, gleichgültig ob dadurch z. B. die Feuersgefahr vermehrt werde oder nicht, denn die Verwahrung in einem bestimmten Lokal gehört zu den Versicherungsbedingungen. Eine solche

---

[1]) § 5 l. c. Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XX S. 540.

[2]) Ferot, Étude sur les assurances à Prime contre l'incendie, Paris 1881, S. 282 ff. Werner, Das Viehversicherungswesen im deutschen Reich, Leipzig 1876, § 17. Masius, Lehre der Versicherung, S. 43, 207 (Hagel).

[3]) Bunyon l. c. S. 143. Wood F. I. S. 437 ff.

[4]) Gallus S. 31. Wolff in Malss Zeitschr. II S. 355 ff. Malss, Betr. S. 42 ff. Cohn S. 59 ff. Lichtenfels S. 56. Lewis zu Art. 818.

Translokation ist daher der Versicherungsgesellschaft anzuzeigen und ihre Zustimmung einzuholen.[5]) Inzwischen bleibt der Versicherungsvertrag in Kraft und das Recht, denselben als dahingefallen zu erklären, steht einzig der Gesellschaft zu.[6])

Eine Veränderung des versicherten Objektes findet ferner statt, wenn ein Umbau oder überhaupt eine bauliche Veränderung an demselben vorgenommen wird, welche auf die Gefahr von Einfluss sein kann, z. B. eine gegen Feuersgefahr versicherte leere Scheune wird in eine Schmiede- oder Schlosserwerkstätte umgebaut, ein mit Ziegeln gedecktes Gebäude mit Schindeln oder Stroh gedeckt, nicht aber umgekehrt, da in einer Ersetzung von Stroh oder Schindeln durch Ziegel oder Schiefer eine offenbare Verminderung der Gefahr liegt.

Durch den veränderten **Gebrauch**, welcher von einer versicherten Sache gemacht wird, kann die Feuergefährlichkeit ebenfalls sehr erheblich vermehrt werden, z. B. Umwandlung einer Zuckerraffinerie in eine Branntweindestillerie. Einführung einer Dampfmaschine in das versicherte Gebäude oder den Aufbewahrungsraum von versicherten Beweglichkeiten, Aufstellung einer Lokomobile in der Nähe eines Fruchtschobers, bei einer Dreschmaschine Ersetzung der Pferdekraft durch Dampfkraft, Aufbewahrung von Heu oder Baumwolleabfällen in einem Wohnzimmer, Errichtung einer Fabrik in der Nähe des versicherten Hauses u. s. w.[7]) Die Vornahme einer solchen Veränderung, wodurch die Feuergefährlichkeit ohne Wissen des Versicherers vermehrt wird, widerspricht der bona fides, wonach der Vertrag auf gegenseitig vereinbarter Grundlage abgeschlossen worden ist, welche einseitig nicht zum Nachtheil des einen Contrahenten verändert werden darf. Entscheidend ist dabei, ob eine Vermehrung der Gefahr bewirkt worden sei, welche eine höhere Versicherungsprämie oder erschwerende Versicherungsbedingungen würde zur Folge gehabt haben. Dagegen kann es nicht in Betracht kommen, ob die Gefahr in Folge der Veränderung eingetreten sei oder nicht.

Der nämliche Grundsatz findet regelmässig auch bei der Lebensversicherung Anwendung. Die Gefahr wird berechnet nach Alter und Lebensweise des Versicherungsnehmers, auf deren Fortdauer die Gesellschaft glaubt rechnen zu dürfen. Wird daher diese geändert, z. B. der Versicherte wird ein systematischer Trinker, so liegt darin nach vielen Statuten ein Befreiungsgrund für die Gesellschaft. Ebenso kann der Uebergang von der gewöhnlichen Lebensweise mit Fleischnahrung zu einem vegetarianischen Regime oder die Durchführung einer sogenannten Bantingkur von lebensgefährlichen Folgen sein. Es ist daher wiederholt der Fall vorgekommen, dass eine Gesellschaft aus solchen Gründen ihre Verpflichtung zur Auszahlung der Versicherungsumme in Frage stellte,

---

5) Allgem. Vers. Bed. § 5 und die bei Wolf l. c. S. 356 citirten statutarischen Bestimmungen. Malss, Zeitschr. f. V.R. I 118.

6) Ferot l. c. S. 294 ff.

7) Bunyon, Fire Ins. S. 70 ff. Ferot S. 292 ff. May chap IX, Increase of Risk S. 270 ff. Wood, S. 437 ff.

weshalb ein englischer Oberrichter einer beklagten Gesellschaft sarkastisch den Rath ertheilte, in ihre Fragebogen auch die Frage aufzunehmen, ob der Antragsteller Vegetarianer sei.[8])

Oft wird in der Polize dem Versicherungsnehmer auch die Pflicht auferlegt, allfällige, ohne sein Zuthun vorgenommene Veränderungen in der Umgebung des versicherten Gegenstandes, insofern sie die Feuergefährlichkeit vermehren, der Gesellschaft anzuzeigen. Ist dies der Fall, so gehört diese Anzeige zu den Vertragsbedingungen, welche unter Folge des Verlustes der Rechte aus dem Vertrage erfüllt werden müssen. Wird jedoch die Feuersgefährlichkeit durch die eingetretenen Veränderungen nicht vermehrt, so besteht auch keine Anzeigepflicht, und enthält die Polize eine sachbezügliche Bestimmung nicht, so darf sie nicht als selbstverständlich angenommen werden. Es kann daher den Versicherten in diesem Falle kein Nachtheil treffen, wenn er eine Anzeige wegen nachträglicher baulicher Veränderungen, die von Andern in seiner Umgebung vorgenommen worden sind, unterlässt.[9]) Will die Gesellschaft die Gefahr einer solchen Aenderung, die ohne Zuthun des Versicherten geschieht, nicht übernehmen, so steht es ihr frei, ihre Bedingungen nach eigenem Ermessen festzusetzen und namentlich sich das Recht des Rücktritts vorzubehalten, wenn aus den angegebenen Gründen eine Vermehrung der Gefahr eingetreten ist.[10])

Die Versicherung soll Ersatz bieten für den Schaden, welcher in Folge Unglücks entsteht, und für denjenigen, welcher durch Anwendung eines gewöhnlichen Maasses von Sorgfalt nicht hatte abgewendet werden können. Um daher für die Frage des Verschuldens einen sichern Maassstab zu gewinnen, legen die Polizen dem Versicherten in besondern Klauseln die Beobachtung einer bestimmten Sorgfalt auf, z. B. Entfernung von Hobelspänen, Einrichtung eines Wasserreservoirs, Anschaffung einer Löscheinrichtung, Aufstellung eines Wächters oder einer Wachtmannschaft u. s. w. Die Nichtbeobachtung dieser Klauseln darf dem Versicherungsnehmer als Verschulden ausgelegt werden.[11]) Mangel an Sorgfalt kann somit als Verschulden ausgelegt werden.

E. Verpflichtungen.

§ 409.

1. Des Versicherten während und nach der Gefahr.

Rettung. Die seerechtliche Bestimmung, dass der Versicherte bei Eintritt einer Gefahr das Mögliche thun müsse zur Rettung der gefährdeten Gegenstände,[1]) ist auch in alle neueren Gesetzgebungen übergegangen. Er hat die-

---

[8]) Taylor et Tardieu, Assurance sur la vie S. 83 und Annales d'hygiène publique et de médecine légale Vol. 26 S. 143.

[9]) Wolf l. c. S. 357. Kübel, Zeitschr. f. V.R. II S. 41.

[10]) Bergerem l. c. S. 266. May l. c. S. 278. Lichtenfels S. 57. A. M. Alauzet II 187. Ferot S. 296. Wood, Sect. 232.

[11]) Wolf l. c. S. 372. May l. c. S. 321.

[1]) Ord. de 1681 Art 45.

jenige Sorgfalt anzuwenden, welche er auch ohne Versicherung auf seine eigenen Sachen anwenden würde, und es soll ihn daher dieselbe nicht zu einer Unterlassung veranlassen.[2]) Hiezu gehört auch, dass nicht vorzeitig und unvorsichtig nach entstandenem Brande ausgeräumt werde; dagegen haftet der Versicherte nicht, wenn dritte Personen sich eigenmächtig und schadenbringend bei der Rettung betheiligen,[3]) oder wenn die Feuerwehr den Befehl zur Ausräumung ertheilt hat.[4]) Wenn der Versicherte dieser Verpflichtung kein Genüge leistet, so tritt nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen § 6 und 8[5]) Verwirkung der Schadensersatzforderungen ein. Da sich aber weder die Verpflichtung zum Retten, noch die Folge der Verwirkung von selbst verstehen, so müssen beide Momente in den Vertrag aufgenommen werden. Der Natur der Sache gemäss ist nur ein Abzug an der Ersatzsumme begründet, wenn der Versicherte seiner Rettungspflicht kein Genüge geleistet hat, und es lässt sich eine Verwirkung der ganzen Entschädigungsforderung nicht rechtfertigen, wenn die Rettung nur eines Theiles der gefährdeten Gegenstände versäumt worden ist. In diesem Sinne sprechen sich auch die französischen und englischen Schriftsteller aus.[6]) Der Versicherte ist ferner dem Versicherer resp. seinem Agenten gegenüber zur **Anzeige des erlittenen Schadens** binnen einer bestimmten Frist verpflichtet. Auch diese Bestimmung ist dem Seerecht entnommen und auf die Binnenversicherung übertragen.[7]) Die allgemeinen Versicherungsbedingungen bestimmen diese Frist wohl zu kurz auf 24 Stunden, § 6 b, andere auf drei Tage, und es anerkennen die Gerichte die damit verbundene Klausel der Verwirkung als gültig und erlaubt.[8]) Ist aber dieselbe nicht direkt oder indirekt in die Polize aufgenommen worden, so kann sich an die nicht rechtzeitige Anzeige nur eine Schadensersatzforderung knüpfen.[9])

In Verbindung mit dieser Pflicht zur rechtzeitigen Anzeige, steht die fernere, sich binnen einer bestimmten ebenfalls kurzen Frist amtlich über den Schadensfall abhören zu lassen und eine beglaubigte Abschrift des daherigen Protokolls einzusenden.[10]) Diese Vorschrift hat zum Zweck, den Thatbestand des Schadens, namentlich des Brandes und seine Ursachen gehörig festzustellen

---

[2]) C. de com. 381. D. H.G. Art. 823. Spanien 921. Holland 656, 657. Port. 1802. Hamb. Tit. 14 Art. 1 ff., besonders Art. 11 § 4—8. Belg. Art. 15. Preuss. L.R. II 8, 2165, 2304. H.G.B. Art. 865 ff.

[3]) Malss, Zeitschr. f. V.R. II 320.

[4]) Zeitschr. f. H.R. XII 200.

[5]) Zeitschr. f. H.R. XX 540.

[6]) Alauzet II 508 ff. Ferot, Étude No. 260 ff. Bunyon, Fire Ins. S. 106. Wood, Sect. 466.

[7]) Emerigon Chap. XVII. Lect VII. Ferot, Étude S. 299.

[8]) Malss, Zeitschr. f. V.R. I 76, II 308. Zeitschr. f. H.R. XII 200, XIX 284. Ferot S. 301 und die dort angeführten. Badon-Pascal, Répert. gén. du Journal des assurances S. 55 ff.

[9]) Bergerem S. 275.

[10]) Allg. Vers.Bed. § 6 c. Malss, Zeitschr. I 175. Assur. Gén. Art. 13. Providence Art. 16. Union Art. 14. Urbaine Art. 15 ff.

und den Versicherer in die Möglichkeit zu setzen, seine Maassregeln rechtzeitig zu treffen und betrügerische Handlungen des Versicherten zu verhindern. Von der daherigen kontraktlichen Verpflichtung wird der Beschädigte nur dann befreit, wenn der Beamte die Abhörung ablehnt, oder eine Anzeige in Folge höherer Gewalt oder Zufall unmöglich war,[11]) oder die Behörde ex officio sofort nach dem Brande eine Untersuchung eingeleitet hat.[12])

Ueber die Wirkungen der Unterlassungen herrscht keine Uebereinstimmung. Nach einem Urtheile des Stadtgerichts von Frankfurt a. M. vom 29. Oktober 1866[13]) wird angenommen, die gedachte Vorschrift habe der Natur der Sache nach lediglich den Zweck, einerseits den Thatbestand eines Brandes gehörig festzustellen und andererseits die Versicherungsgesellschaft rechtzeitig in Stand zu setzen, alle zur Wahrung ihrer Interessen dienlichen Maassregeln treffen zu können. Wenn daher dieser Zweck auf anderweitige Weise bereits hinlänglich erreicht sei, so könne auf die Nichteinsendung einer Protokollabschrift kein Gewicht mehr gelegt werden.[14])

Der Betrag des Schadens muss ebenfalls binnen einer bestimmten Frist angezeigt werden;[15]) die Anzeige soll die Angabe der zu Grunde gegangenen oder beschädigten Sachen enthalten, oft auch der geretteten, und die Schätzung des Schadens. Falsche Angaben werden als Betrug behandelt und haben die Verwirkung des Versicherungsanspruchs zur Folge; z. B. der Versicherte gibt Gegenstände als zu Grunde gegangen an, die er nie besessen hatte, oder die gerettet worden sind, oder er legt ihnen einen allzu hohen Werth bei.[16]) Aguel gibt daher dem Beschädigten folgenden beherzigenswerthen Rath: Qu'il se prémunisse contre l'opinion malheureusement si répandue, qu'il faut demander plus pour avoir moins. On ne doit chercher à réaliser de benéfices ni du côté de l'assuré ni du côté de l'assureur, il n'y a pas de marché dans ce réglement du Sinistre, il n'y a l'exécution d'un contrat d'indémnité. Que l'assuré réfléchisse qu'il va par ces déclarations donner la mesure de la confiance qu'on peut avoir en lui et que si ces déclarations son mensongères et exagérées il s'expose à se voir reduit par l'expertise peut-être plus qu'il ne l'aurait été sans cela, qu'il court en outre le risque si quelque procès surgit de se présenter devant lés juges sont un aspect très défavorable à sa cause. Ferot S. 303.

Es kann auch der Schaden durch amtliche Schätzer taxirt, oder die Ausmittelung desselben durch Sachverständige oder Schiedsrichter vertragsgemäss, mit Ausschluss des Rechtsweges, vereinbart werden, und es wird dadurch ein Rechtsmittel wegen unrichtiger Schätzung, ausgeschlossen und höchstens wegen Nichtberücksichtigung von Gegenständen, welche hätten geschätzt werden

---

[11]) Malss l. c. II 369.

[12]) Malss l. c. II 207, 319, 389.

[13]) Bei Malss, Zeitschr. II 208.

[14]) Dagegen Malss l. c. 2 S. 308. Ferot l. c. S. 300. Wood, Sect. 416.

[15]) Allgem. Vers.Bed. § 6c. Ferot S. 302 ff. Wood, Sect. 412.

[16]) Malss, Zeitschr. I 161. Zeitschr. f. H.G. XIII 463 ff.

sollen, ein solches zugelassen.[17]) Endlich muss auch die Feststellung und Geltendmachung der **Forderung** selbst binnen einer bestimmten Frist vorgenommen werden, und wenn daher ein Versicherter den Betrag des erlittenen Schadens nicht binnen derselben entweder gütlich anerkennen oder zur rechtlichen Feststellung bringen lässt, so erlischt sein Anspruch. Eine solche Klausel, welche sich beinahe in allen Polizebedingungen wiederfindet, enthält eine Beschränkung und ist nicht als eine vertragsmässige Verjährungsfrist aufzufassen.[18]) Den Entscheidungen des O.H.G. und anderer oberster Gerichte entnehmen wir hierüber folgende Ausführungen: „In dem § 15 der Polizebedingungen, sowie in ähnlichen Bestimmungen anderer Feuerversicherungsgesellschaften, nach welchen alle nicht innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemachten Entschädigungsansprüche erloschen sein sollen, ist eine vertragsmässige Abkürzung der gesetzlichen Frist für die **Klageverjährung** überhaupt nicht zu finden. Es ist darin vielmehr eine vertragsmässige Beschränkung des **Rechtes selbst,** welches der Versicherte durch den Versicherungsvertrag erwirbt, in zeitlicher Hinsicht zu erblicken, deren Grund in dem Interesse der Gesellschaften liegt, sobald als möglich Gewissheit darüber, dass aus früherer Zeit keine Ansprüche mehr gegen sie erhoben werden können, zu erhalten, insbesondere aber in der gerade bei solchen Schadensansprüchen mit dem Ablaufe einer längeren Zeit unverhältnissmässig zunehmenden Schwierigkeit der Formulirung und resp. Prüfung der Schadensliquidation, insbesondere der Vertheidigung und Beweisführung des Versicherers leicht erkennbar ist.[19]) Ein Urtheil vom 10. Januar 1874 anerkennt, dass der Grund, aus welchem diese vertragsmässige Bestimmung hervorgegangen sei, eines der Hauptmomente bilde, welche zur Einführung der Verjährung geführt haben. Trotzdem, fahren die Motive fort, kann, wie das R.O.H.G. schon früher ausgeführt hat, daraus nicht gefolgert werden, dass diese Bedingung in dem Sinne proponirt und angenommen wird, dass alle über Verjährung geltenden Bestimmungen auf das betreffende Rechtsverhältniss angewendet werden sollen. Insbesondere spricht hiegegen die Erwägung, dass die Versicherungsanstalten, deren Geschäftsbetrieb sich regelmässig über verschiedene Rechtsgebiete erstreckt, durch die allgemeine Aufstellung der sogenannten Polizebedingungen die Absicht zu erkennen geben, in alle von ihnen abzuschliessende Versicherungsverträge eine Reihe gleichmässiger, das Rechtsverhältniss möglichst nach allen Seiten regelnder Bestimmungen aufzunehmen und soweit diese lex contractus nicht, die Anwendung allgemeiner Normen auszuschliessen. Mit dieser Absicht würde aber die Annahme unvereinbar sein, dass durch die erwähnte Bestimmung auf ein in den verschiedenen Rechtsgebieten verschieden normirtes Institut, wie die Verjährung, ist Bezug genommen, und nur in Betreff des einen Momentes, der Dauer der Verjährungsfrist, eine

---

[17]) Malss, Zeitschr. I 187, II 312. Zeitschr. f. H.R. XIV S. 619, XIX S. 282. Wood, Sect. 430.

[18]) Malss. Zeitschr. II 300 ff., 392. May l. c. § 478. Wood, Sect. 434.

[19]) Entsch. des O.H.G. VIII S. 409.

vertragsmässige Feststellung vorgenommen werden sollte. Diese Annahme hat namentlich das gegen sich, dass es sich um ein Rechtsinstitut handelt, welches in den verschiedenen Rechtsgebieten in verschiedenster Weise normirt ist und dass gerade über die Dauer der Verjährungsfrist, durch Privatwillen modifizirt werden können, nicht nur die gesetzlichen Bestimmungen der verschiedenen Rechtsgebiete differiren, sondern sogar in einem Gebiete, dem des gemeinen Rechts, eine verschiedene Auffassung herrscht."[20])

Gegen eine solche Frist ist eine **Restitution** nicht zulässig; dagegen wird wegen unverschuldeter Versäumniss eine Entschuldigung zugelassen. „Wenn Kläger, sagen die Motive des Urtheils vom 24. April 1879, gegen Ablauf der sechsmonatlichen Klagefrist um Restitution nachsucht, so wird dieser Bitte die Auffassung zu Grunde liegen, dass die betreffende Bestimmung in § 10 Abs. 1 eine vertragsmässige Abkürzung der gesetzlichen Frist für die Klageverjährung sei. Diese Auffassung ist indessen eine rechtsirrthümliche, da in der Bestimmung vielmehr eine vertragsmässige Beschränkung des Rechts selbst in zeitlicher Hinsicht gefunden werden muss, wie das R. O. H. G. bei Interpretation derartiger, fast bei allen Versicherungsgesellschaften sich findender Vertragsklauseln konstant angenommen hat. Eine Restitution gegen die Rechtsfolge der Nichterfüllung vertragsmässiger Feststellungen gewährt aber das Recht überall nicht; es könnte vielmehr unter den gesetzlichen Voraussetzungen in Vertragsverhältnissen allein eine Restitution gegen den Vertrag selbst in Frage kommen, die vorliegenden Restitutionsgründe können daher nur als Exkulpationsgründe gegen die Versäumung der stipulirten Frist gewürdigt werden."[21])

In einem früheren Erkenntniss vom 18. Januar 1873 sprach das O. H. G. seine Ansicht über die fragliche Bestimmung in Uebereinstimmung mit früheren Entscheiden dahin aus: Eine rigoristische Auslegung dieser Bestimmung, nach welcher alle, nicht innerhalb sechs Kalendermonaten nach dem Brande entweder rechtsgültig von der Gesellschaft anerkannten oder mittelst vollständiger Klage vor das ordentliche Gericht gebrachten Ansprüche auf Entschädigung erloschen sein würden, dem Zwecke des Versicherungsinstituts und dem vernünftigen Willen der Kontrahenten nach nicht gerechtfertigt sein, vielmehr sei davon auszugehen, dass eine **unverschuldete** Versäumniss der stipulirten Frist die Verwirkung des Anspruches des Versicherten nicht nach sich ziehen solle und daher in jedem einzelnen Falle untersucht werden müsse, ob eine verschuldete Versäumniss stattgefunden habe.[22]) Ganz verkehrt ist die von dem Berner Obergericht aufgestellte und kläglich motivirte Ansicht, dass durch die fragliche Bestimmung zwischen den Parteien eine **Provokationsfrist** vereinbart worden sei.[23])

---

[20]) Entsch. des R.O.H.G. XII S. 204 ff.

[21]) Entsch. XXV S. 51.

[22]) Entsch. d. O.H.G. VIII S. 408, ferner I S. 112, IV 183, 184, IV S. 63. Zeitschr. f. H.R. XIX S. 284. Seuffert, Arch. 28 S. 280 und das von Malss, Zeitschr. f. H.R. XIII 478 citirte Brüsseler Urtheil. Anders Wood, Sect. 434. May § 478.

[23]) König in Zeitschr. des bernischen Jur.Ver. XIII S. 459 ff.

§ 410.
2. Zahlung der Prämien. Folgen der Nichtzahlung.

Mit dem Abschlusse des Vertrags entsteht für den Versicherungsnehmer die Verpflichtung, die vereinbarte Prämie zu bezahlen. In der Regel findet Vorauszahlung statt und tritt der Vertrag erst durch Zahlung der Prämie in Kraft, auch wenn derselbe durch die Unterschrift der Parteien perfekt geworden ist. In den meisten Fällen ist die Prämie jährlich zahlbar, allein wenn die Versicherung sich auf vorübergehende einmalige Gefahren bezieht, z. B. eine Reise, Hagelschlag während eines bestimmten Sommers, Transport von Waaren von einem Orte nach einem andern, da ist die Prämie eine einmalige und muss jeweilen zum Voraus bezahlt werden. Bei Versicherungen auf Gegenseitigkeit, z. B. bei Viehversicherungen, kann die Prämie eine sehr veränderliche sein und je nach Zahl und Grösse der eingetretenen Schäden sich bald höher, bald weniger hoch belaufen; sie kann auch in Form von Nachschüssen bezogen oder erhöht werden.[1])

Es kann auch die Bezahlung einer Gesammtprämie für eine bestimmte Anzahl von Jahren vereinbart werden, z. B. 1000 Mark für eine Dauer von zehn Jahren, und es wird alsdann der Versicherungsnehmer für diese Summe verpflichtet, auch wenn dieselbe in jährlichen Raten zu bezahlen ist[2]) und der Unglücksfall vor Ablauf der zehn Jahre eintreten sollte.

Die Zahlung ist an dem in der Polize bestimmten Orte zu leisten. Ist ein solcher nicht bestimmt, so müssen in jedem Lande diejenigen Grundsätze zur Anwendung kommen, welche die Gesetzgebung in Betreff der Erfüllung von Obligationen aufstellt. In der Regel ist die Schuld eine sogenannte **Bringschuld,** d. h. der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die Prämie zu bringen, an die Kasse der Gesellschaft oder an den Agenten zu zahlen, bei Vermeidung von Nachtheilen. Wenn jedoch die Gesellschaft selbst von dieser Klausel abgegangen ist, indem sie regelmässig die Prämien hat abholen lassen, und dadurch die Schuld in eine **Holschuld** verwandelt hat, so kann sich die Gesellschaft später nicht mehr auf die Bestimmungen der Polize berufen, um den Beschädigten der Versicherungssumme desshalb verlustig zu erklären, weil er die Prämie nicht rechtzeitig an die Kasse oder den Agenten bezahlt hat. Durch ihre abweichende Uebung hat die Gesellschaft auf dieses Recht, die Versicherungssumme verwirkt zu erklären, Verzicht geleistet.[3])

---

[1]) Entsch. d. O.H.G. VIII S. 35 ff.

[2]) Malss, Zeitschr. f. V.R. I 44, 46, 162. Bergerem p. 243; Journal des Assurances III p. 310.

[3]) Ferot fasst den allgemein anerkannten französischen Gerichtsgebrauch in folgenden Satz zusammen: L'usage adopté par les compagnies d'assurances de faire percevoir lors de l'échéance au domicile des assurés, les primes par eux dues, entraine dérogation à la clause de la police portant qu'à défaut de paiement de la prime dans un délai fixé

Um dieser Folge zu entgehen, fügen die Gesellschaften den Polizen oft die Klausel bei, dass der Versicherungsnehmer aus der Abholung der Prämie kein Recht herleiten dürfe.[4]) Allein selbst dieser Erklärung kann keine bindende Kraft beigemessen werden, gegenüber einer konstanten entgegengesetzten Praxis.

Wird die Prämie nicht rechtzeitig bezahlt, so richten sich die Folgen nach den Bestimmungen der Polize. Verwirkung der Versicherungssumme oder Hinfall des Vertrags verstehen sich nicht von selbst,[5]) und wenn daher die Polize keine andere Bestimmung enthält, so kann die Gesellschaft nur auf Erfüllung des Vertrags klagen, wenn am Verfalltage die Prämie nicht geleistet worden ist. Die Polizen enthalten daher in der Regel besondere Bestimmungen über die Folgen, welche bei Nichtzahlung der Prämie eintreten sollen. Nach § 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen des Verbandes deutscher Privat-Feuerversicherungsgesellschaften tritt die Verpflichtung der Gesellschaft aus der Versicherung ausser Kraft, wenn die jährlich zahlbare Prämie einer laufenden mehrjährigen Versicherung nicht spätestens vierzehn Tage nach dem Beginn eines jeden Versicherungsjahres bezahlt ist.

Es tritt somit nur die Verpflichtung der Gesellschaft ausser Kraft, nicht auch diejenige des Versicherten. Die Gesellschaft bleibt befugt, die Prämie gerichtlich beizutreiben oder durch Verweigerung ihrer Annahme den Versicherungsvertrag aufzuheben. Thut sie letzteres nicht, so wird ihre Verpflichtung nur suspendirt und tritt mit Empfangnahme der Prämie wieder in Kraft, erfolge dieselbe durch die Gesellschaft oder ihren Agenten.

Durch die blosse Nichtzahlung der Prämie wird daher der Versicherungsnehmer nicht von seiner Verbindlichkeit befreit, obgleich die Gesellschaft ihm gegenüber in keiner mehr steht.[6])

§ 411.

3. Verpflichtung der Gesellschaft.

Dieselbe richtet sich ebenfalls nach den Bestimmungen der Polize. Sie hat dem Beschädigten den gütlich oder rechtlich festgestellten Schaden bis zur Höhe der Versicherungssumme zu vergüten und es ist dabei der Werth der Gegenstände maassgebend, welchen dieselben im Augenblicke des Unterganges oder der Beschädigung haben. Es kann sich daher der Versicherte nicht auf die Schätzung berufen, welche bei Eingehung des Vertrags gemacht worden ist, denn die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, die Versicherungssumme zu leisten, sondern eine Entschädigungssumme, wobei die erstere nur das Maximum der letzteren bildet. Sie kann jedoch die Zahlungspflicht ablehnen, wenn der Schaden durch eigenes Verschulden, Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Be-

---

et au domicile de la compagnie, l'assuré sera déchu de tout droit à l'indemnité en cas d'incendie. l. c. S. 267. Malss in Zeitschr. f. H.R. XIII 96.

[4]) Bergerem S. 249 ff.

[5]) Malss in Zeitschr. f. H.R. VI 365 ff.

[6]) Recueil périodique des Ass. I 37.

schädigten entstanden, oder wenn derselbe die ihm obliegenden Pflichten zur Abwendung oder Verminderung des Schadens nicht erfüllt, sich bei Feststellung des Schadens eines Betrugs schuldig gemacht oder die rechtzeitige Geltendmachung der Forderung unterlassen hat.

Sind dagegen diese Befreiungsgründe nicht vorhanden, so ist die Gesellschaft zur Zahlung der Entschädigungssumme verpflichtet. Regelmässig wird zu dem Behuf in der Police eine Frist vereinbart, binnen welcher dieselbe erfolgen soll, z. B. binnen vierzehn Tagen oder vier Wochen nach rechtlicher Feststellung oder Anerkennung des Betrags. Ist dies der Fall, so ist die Gesellschaft weder verpflichtet, vorher Zahlung zu leisten, noch auch einen Zins zu vergüten.[1])

In Brandfällen kann die Entschädigung auch darin bestehen, dass die Versicherungsgesellschaft die Versicherungsgegenstände wieder herstellt,[2]) oder bestimmt, durch wen die Wiederherstellung geschehen soll.[3]) Die englischen Polizen enthalten regelmässig folgende Bestimmung: Persons insured, by this company and who may suffer loss, will receive their indemnity without deduction or discount: but in every case of loss the company will reserve to itself the right of reinstatement in preference to the payment of claims, if it shall judge the former course to be the most expedient.[4]) Es erhält hiedurch die versichernde Gesellschaft das Recht, die Wiederherstellung selber vorzunehmen, übernimmt aber keine Pflicht, diess zu thun, und der Versicherte kann sich daher nicht zu seinen Gunsten auf diesen Vorbehalt berufen.[5]) Eine solche Wiederherstellung ist jedoch nur möglich, wenn der Gegenstand für seinen ganzen Werth versichert worden ist, und die Versicherungssumme daher zu vollständiger Wiederherstellung derselben hinreicht. War dagegen die Versicherung eine theilweise, so kann sich die Gesellschaft durch theilweise Herstellung nicht von ihrer Verbindlichkeit befreien.[6])

§ 412.

F. Accessorische Natur der Versicherung.

Der Versicherungsvertrag wird zwischen bestimmten Kontrahenten abgeschlossen und erzeugt nur für sie Rechte und Verbindlichkeiten. Eine Veräusserung des versicherten Gegenstandes trägt daher nicht durch sich selber die Ansprüche des Veräusserers aus dem Versicherungsvertrage auf den Käufer der Sache über, sondern es bedarf hiefür entweder einer gesetzlichen Bestimmung oder einer Vereinbarung unter den Parteien. Nach § 5 der allgemeinen Versicherungsbedingungen erlischt daher die Entschädigungsverpflichtung,

---

[1]) Zeitschr. f. H.R. XIII 483.
[2]) Allgem. Vers.Bed. § 12. Grun et Joliat Nr. 282.
[3]) Bergerem S. 289. Ferot S. 327.
[4]) Bunyon, The Law of F. J. S. 94. Wood, Sect. 135.
[5]) Bergerem S. 290.
[6]) Rouben de Couder I 691.

wenn die versicherten Gegenstände den Eigenthümer wechseln, indessen tritt sie wieder in Kraft, wenn die Gesellschaft nach Kenntnissnahme des betreffenden Umstandes sich zur Fortsetzung der Versicherung schriftlich bereit erklärt hat. Die nämliche Bestimmung findet sich auch in den Polizen der meisten neuern Privat-Feuerversicherungsgesellschaften.[1])

Nach **französischem** Recht geht das Recht aus der Polize ebenfalls nicht ohne Weiteres von dem Verkäufer des versicherten Grundstückes auf den Käufer desselben über. Dagegen verpflichten viele Gesellschaften den versicherten Verkäufer, seinem Käufer die Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrage zu überbinden, ansonst er für die Prämie noch ein oder zwei Jahre haftbar bleibt,[2]) wobei jedoch der Gesellschaft immer noch das Recht vorbehalten bleibt, den neuen Eigenthümer anzunehmen oder ausdrücklich abzulehnen. Nur im Falle einer Universalsuccession wird der Vertrag von Rechtswegen mit den Erben fortgesetzt.[3])

Nach **englischem** Recht geht das Recht aus einem Seeversicherungsvertrag ohne Cession auf den Rechtsnachfolger über, dasjenige aus einem Feuerversicherungsvertrag dagegen nicht. Für die englischen Gerichte wurden maassgebend die Entscheidungen der Lordkanzler King und Hardwicke.[4]) In dem Falle Lynch v. Dalzell hatte der Versicherte sein Haus verkauft, ohne seine Rechte aus der Polize zu übertragen. Eine solche Uebertragung fand unter Antedatirung der Polize erst dann statt, als der Brand bereits stattgefunden hatte. Der Richter wies den Käufer aus folgenden Gründen ab: Die Polizen sind nicht Versicherungen des Versicherungsgegenstandes, noch beziehen sie sich auf die Sache selbst, oder gehen in Folge eines Vertrags oder einer Uebereinkunft als Zubehörde derselben über, sondern es sind nur Vereinbarungen mit dem Versicherten gegen

---

[1]) Malss in Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. VIII S. 373. Entsch. d. R.O.H.G. V S. 7. Mommsen, Erört. I 120 ff.

[2]) Pouget, Dict. des ass. v° acquéreur. Rouben de Couder Dict. I S. 718.

[3]) Die Statuten der Compagnie der Assurances générales enthalten folgende Bestimmung:

Art. 15 § 1. En cas de décès de l'assuré, l'assurance continue de plein droit en faveur des héritiers qui seront tenus solidairement du paiement des primes, sans pouvoir opposer les délais pour faire inventaire et délibérer, tant que l'héritier dans le lot duquel sont tombés les objets assurés n'a pas, avec l'agrément de la compagnie, fait transférer par avenant la police à son nom.

§ 2. En cas de vente ou de donation des objets assurés, le vendeur ou le donateur devra dans le délai d'un mois, remettre à la compagnie l'engagement écrit des nouveaux propriétaires de continuer l'assurance; faute de quoi, ce délai passé, la police sera résiliée de plein droit, et l'assuré sera tenu de payer à la compagnie, outre les primes échues, une somme égale à une année de prime à titre d'indemnité de résiliation.

§ 3. En cas de liquidation ou de faillite, l'assuré ou ses ayants cause devront, dans le mois, déclarer la liquidation ou la faillite à la compagnie, qui aura le droit de continuer l'assurance ou de la résilier à son choix; faute de quoi ils n'auront droit, en cas de sinistre, à aucune indemnité. Rouben de Couder I 730.

[4]) King in Sachen Lynch v. Dalzell und Hardwicke in Sachen Saddler's Co. v. Badcock, beide ausführlich mitgetheilt in Bunyon F. J. S. 11 ff.

möglichen Verlust oder Schaden. — Der Versicherte muss zur Zeit des Eintritts der Gefahr Eigenthümer sein, sonst kann er keinen Verlust erleiden und in Folge dessen auch nicht zu einer Entschädigungsforderung berechtigt sein. — Diese Polizen sind nicht ihrer Natur nach übertragbar, noch lag es jemals in der Absicht der Parteien, das daherige Interesse übertragbar zu machen ohne die ausdrückliche Zustimmung der Gesellschaft. Endlich gründet sich die Klage der Appellanten auf eine Uebertragung, welche erst dann vereinbart wurde, als der Versicherte kein Interesse an der Polize mehr besass, da er sein Eigenthum verkauft hatte und welche erst in einer Zeit vollzogen wurde, als der Verlust bereits eingetreten war. Das Oberhaus stimmte dieser Entscheidung zu.

Die Entscheidung des Lordkanzlers Hardwicke in dem zweiten Falle stützt sich ebenfalls nur darauf, dass die Cedentin im Augenblick der Cession kein versicherbares Interesse mehr an der versicherten Sache gehabt habe, ein Verlust sie daher nicht habe treffen können. Anders sei es bei Seeversicherungen, wo in die Polizen regelmässig die Klausel „interest or no interest" eingeschaltet zu werden pflege.[5]) Gegenwärtig wird allgemein angenommen, dass im Gegensatz zu den bei der Seeversicherung geltenden Grundsätzen eine Feuerversicherungspolize nur mit Zustimmung der versichernden Gesellschaft übertragen werden könne.[6])

Dagegen geht das Preuss. L.R. IV 8 § 2163 von dem Grundsatz aus, dass eine Veränderung in der Person des Eigenthümers der versicherten Sache an der Versicherung nichts ändere, wenn nicht damit zugleich eine Veränderung des Ortes, der Aufsicht, der Art der Aufbewahrung oder der Nachbarschaft verbunden ist. Der Uebergang des Rechts aus der Versicherung auf den Erwerber der versicherten Sache, namentlich des versicherten Gebäudes, findet ohne Cession statt, und die Behauptung von Malss,[7]) dass dieser Grundsatz im deutschen Rechtsleben keine Anerkennung gefunden habe, ist vom R.O.H.G., Urtheil vom 23. Januar 1872, unter Hinweisung auf zahlreiche Reglements innerhalb des preussischen Staates mit Recht zurückgewiesen worden.[8]) Dieselben enthalten nämlich fast alle die wörtliche Vorschrift: „Die Zahlung (der Versicherungssumme) geschieht in der Regel an den Versicherten, und darunter ist allemal der Eigenthümer des versicherten Gebäudes zu verstehen, dergestalt, dass in dem Falle, wenn das Eigenthum des Grundstücks durch Veräusserung, Vererbung u. s. w. auf einen andern übergeht, damit zugleich alle aus dem Versicherungsvertrage entspringenden Rechte und Pflichten für übertragen erachtet werden."

Auch nach Art. 48 und 80 des bayrischen Gesetzes vom 28. Mai 1852 erlischt die Versicherung durch Handänderung nicht, sondern der neue Besitzer muss, auf welchem Titel die Besitzveränderung auch beruhen mag, in die

[5]) Bunyon S. 12. Phillips l. c. I S. 59. Wood, Sect. 310 ff.

[6]) May l. c. S. 564. Beneke, System des Assec. u. Bodmereiwesens IV 533.

[7]) Zeitschr. f. Vers.R. I 122, und Zeitschr. f. H.R. VIII 372.

[8]) Entsch. V 6.

ordentlichen Leistungen seines Vorgängers eintreten und wird überhaupt als Mitglied so lange angesehen, als er nicht den förmlichen Austritt erklärt hat.[9]) Den gleichen Grundsatz anerkennt auch das **belgische** Gesetz vom 11. Juni 1874 in Art. 30: En cas d'aliénation de la chose assurée, l'assurance profite de plein droit, sauf convention contraire, au nouveau propriétaire, à raison de tous les risques pour lesquels la prime a été payée au moment de l'aliénation. Elle profite également au nouveau propriétaire, sauf convention contraire dans la police, lorsqu'il a été subrogé aux droits et obligations du précédent propriétaire envers les assureurs ou lorsque, de commun accord entre l'assureur et le nouveau propriétaire le contrat d'assurance continue à recevoir son exécution.[10])

Wenn die Gesellschaft ihre Verpflichtung erfüllt und Zahlung geleistet hat, so tritt sie gegenüber Dritten in die Rechte des Versicherten ein und kann den Rückgriff auf dieselben nehmen.

Hypothekargläubiger. Die Frage, ob dem Hypothekargläubiger als solchen ein Recht auf die Versicherungssumme zustehe, ist kontrovers. Das preussische Obertribunal stellte in einem Plenarbeschlusse vom 5. Dezember 1853 den Grundsatz auf, Hypothekargläubiger seien nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht berechtigt, vermöge ihres dinglichen Hypothekarrechtes und lediglich als Folge dieses Rechtes die Feuerversicherungsgelder behufs ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen.[11]) Diese Auffassung kann als die gemeine Meinung gelten. Die Ansicht Windscheids,[12]) weil das Pfandrecht auf Aneignung des Werthes des Pfandgegenstandes gerichtet sei, so müsse auch dem Pfandrecht unterworfen bleiben, was von dem Werthe des Pfandgegenstandes übrig bleibe, namentlich die für die untergegangene Sache zu zahlende Versicherungssumme, ist nicht zutreffend. Es ist nicht die Sache, welche versichert ist, sondern die Person des Eigenthümers, und die Versicherungsgesellschaft hat nicht den Werth des Grundstücks zu ersetzen, sondern den Schaden zu vergüten, welcher dem Eigenthümer aus seinem Untergange oder seiner Beschädigung entstanden ist. Will sich der Hypothekargläubiger auch für denjenigen Schaden sichern, welcher ihm aus dem Untergange des Pfandobjektes entsteht, so hat er hiefür sein Interesse an demselben zu versichern.[13])

Auch das **französische** Recht anerkennt kein Recht des Hypothekargläubigers auf die Versicherungssumme, weder vor noch nach dem Eintritt des Ereignisses, und es wird dieselbe im Falle des Konkurses unter die sämmtlichen Gläubiger des Versicherten vertheilt, ohne Privilegium der Hypothekargläubiger.[14])

---

[9]) Das Feuerversicherungswesen im Königreiche Bayern, 4. Aufl., München 1867.

[10]) Bergerem S. 140.

[11]) Malss, Zeitschr. f. V.R. I 156. Jahrbücher für Dogmatik VII 21 ff., XX 80 ff.

[12]) Pand. I § 248 Not. 9.

[13]) Dernburg, Pfandrecht II S. 566.

[14]) Alauzet I S. 251. Troplong, Des Hyp. Ch. 7 N. 890. Badon-Pascal, Répert. général unter créance hypothécaire S. 54. Rouben de Couder, Dict. I S. 689.

Dessenungeachtet nehmen fast alle Feuerversicherungsgesellschaften in ihre Polizen Bestimmungen auf, welche das Interesse der Hypothekargläubiger zu schützen bestimmt sind.[14]) Statt vieler berufen wir uns nur auf § 10 der allgemeinen Versicherungsbedingungen, welcher also lautet: „Wenn auf versicherte Gebäude Hypothekenschulden oder andere Realverpflichtungen vor dem Brandfalle eingetragen sind, so wird die Entschädigung nur behufs der Wiederherstellung, und nachdem letztere gesichert worden, bezahlt, die sämmtlichen Hypothekar- resp. Realgläubiger müssten denn in die unbedingte Auszahlung willigen oder selbst zur Empfangnahme berechtigt sein. Geht aber der Entschädigungsanspruch des Versicherten durch seine Schuld verloren, so verwendet die Gesellschaft die Entschädigung, soweit nöthig, zur Befriedigung der erwähnten Gläubiger gegen Cession ihrer Rechte." Diese Bestimmung enthält eine Beschränkung der Rechte des Versicherten und eine bindende Verpflichtung gegenüber den Hypothekargläubigern, die jedoch nur dann wirksam wird, wenn bei Eintritt des schadenbringenden Ereignisses der Versicherte sich noch im Besitz der Polize befindet und niemand anders an seiner Stelle auf die Versicherungssumme berechtigt ist. Er wird daher durch dieselbe allein nicht verhindert, über seine Polize beliebig zu verfügen, und die Hypothekargläubiger können sich gegen eine solche Verfügung nur durch Pfändung oder Verbot an die Gesellschaft schützen.

In neuerer Zeit beruht diese Sorge für die Hypothekargläubiger vielfach auf gesetzlichen Bestimmungen, indem für ein grundpfändlich versichertes Kapital allfällige Brandversicherungsgelder haftbar gemacht werden, insofern sie nicht statutengemäss zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen oder verwendet worden sind.[15])

Laurent XVIII No. 212 u. XXXI No. 509, wo er mit Unrecht seine frühere Ansicht zurücknimmt. Bergerem S. 310 ff.

[14]) Malss, Zeitschr. f. H.R. XIII S. 33.

[15]) Preuss. Ges. v. 5. Mai 1872 § 30. Dernburg, Preuss. P.R. I S. 774 (2. Aufl.), Belgisches Hypothekengesetz Art. 10. Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effects mobiliers auront été assurés soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui, en cas de sinistre, se trouvera dûe par l'assureur devra, si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré, être affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon de rang de chacune d'elle. Il en sera de même de toute indemnité qui serait dûe par des tiers, à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque. Bergerem S. 310 ff.

II. Lebensversicherungsvertrag.[1])

§ 413.

A. Natur desselben.

Die Lebensversicherung unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Sachversicherung. Letztere bezweckt den Ersatz eines Schadens, welcher durch zufällige Zerstörung oder Beschädigung von Gegenständen. welche Bestandtheile

---

[1]) Litteratur der Lebensversicherung. Staudinger, Die R.Lehre v. Lebensversicherungsvertrag 1858. Hinrichs, Die Lebensversicherung etc. in Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. XX S. 339 ff. Predöhl, Begriff u. Wesen des Lebensversicherungsvertrages ebendaselbst XXIII S. 179 ff. Laband, Die juristische Natur der Lebens- und Rentenversicherung. Festschrift Thöls, Strassburg 1879. Geyer, Die Lebensversicherung in Deutschland, Leipzig 1878. Rademacher, Die Grundlagen der Lebensversicherung in Malss, Zeitschr. f. V.R. I. Reuling, Studien auf dem Gebiet des Lebensvers.R. Zeitschr. f. H.R. XV u. in Malss, Zeitschr. f. V.R. II. Wiegand, Verschiedene Aufsätze über Lebensversicherung 1876 u. 1877. Malss, Ueber Lebensversicherung in seiner Zeitschr. f. V.R. II. Hoffmann, Der Lebensversicherungsvertrag und die für denselben geltenden Rechtsgrundsätze im Lichte der Entscheidungen des deutschen R.O.H.G., Berlin 1873. Goldschmidt in Zeitschr. f. H.R. XXIII 179. Karup, Theor. Handbuch der Lebensversicherung in Deutschland, Halle 1880. Hoffmann, Arthur, Das Recht auf die Versicherungssumme bei der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, Stuttgart. Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages über die Frage: Soll das Recht auf die Lebensversicherungssumme zum Nachlass des Versicherten gehören? Gutachten v. Malss u. Elster, Berlin 1882. Malss, Zeitschr. f. V.R., Der Streit der Gläubigen mit den Relicten eines Versicherten um die Lebensversicherungssumme II 422. Wolf in Zeitschr. f. H.R. XII, Bildet die Lebensversicherungssumme einen Theil des Nachlasses des Versicherten etc. Scherer, Unterliegt die Versicherungssumme dem Zugriff der Gläubiger? in Jherings Jahrbüchern XX S. 140 ff. König, Gehört die Versicherungssumme zum Nachlass des Versicherten? Zeitschrift des bern. Jur.Ver. XI 297 ff. Jonas, Studien und Vorschläge auf dem Gebiete des Lebensversicherungsgeschäfts. Berlin 1883.

Litteratur betr. die Behandlung des Selbstmordes in der Lebensversicherung. Siehe Note zu § 423.

Französische Litteratur. Montluc, Des Assurances s. l. vie 1870. Vibert, Le contrat d'assurance sur la vie 1877. Adan, Étude sur la nature du contrat d'assurance sur la vie 1876 und L'épargne et l'assurance sur l. vie 1877. Vibert et Nouette-Delorme, Projet de loi concernant les Ass. s. la vie, Paris 1879. Meuron, Du contrat d'assurance sur la vie, Lausanne 1877. Couteau, Traité des ass. sur la

eines Vermögens sind, in Folge bestimmter Ereignisse, Brand, Ueberschwemmung, Hagel u. s. w. dem Eigenthümer erwächst. Der Eintritt des Ereignisses ist etwas Zufälliges, er kann erfolgen, aber auch ausbleiben, er ist eine Möglichkeit, daher eine Gefahr. Bei der Lebensversicherung dagegen ist von einer solchen Gefahr durch ein zufälliges Ereigniss nicht die Rede, denn der Tod ist nichts Zufälliges, sondern etwas Nothwendiges. Ungewiss ist nur der Zeitpunkt seines Eintrittes, nicht der Eintritt selbst. Durch die Sachversicherung wird die Gefahr, welche ein zum Voraus bestimmtes, zufälliges Ereigniss in seinem Gefolge haben kann, auf die Versicherungsgesellschaft übergewälzt. Der Umfang ihrer Verpflichtung wird daher nicht durch die Assekuranzsumme fest bestimmt, denn diese bildet nur das Maximum der schuldigen Leistung, sondern sie beschränkt sich auf den wirklich erlittenen direkten oder indirekten Schaden, ohne über denselben hinauszugehen. Eine willkürliche Festsetzung des unter allen Umständen bei Eintritt der Gefahr zu vergütenden Schadens oder eine Ueberversicherung ist daher nicht zulässig. Bei der Lebensversicherung hat dagegen die Gesellschaft keinen Schaden zu vergüten, sondern bei Eintritt des Versicherungsfalles eine vertragsgemäss vereinbarte Summe zu bezahlen, dieselbe wird, insofern im Uebrigen die Vertragsbedingungen erfüllt sind, durch den Eintritt des Ereignisses fällig, und da dasselbe nicht ein Vermögensobjekt, sondern ein Vermögenssubjekt betrifft, somit keinen Vermögensnachtheil verursacht, so findet auch der Begriff einer Ueberversicherung bei der Lebensversicherung keine Anwendung.

Die Rechte endlich, welche dem Versicherten aus der Sachversicherung erwachsen, sind nicht auf jeden Dritten übertragbar, sondern nur auf denjenigen, welcher an der versicherten Sache selbst ein dingliches Recht erworben hat und daher von der Wirkung des Unfalls mitbetroffen werden kann. Eine Lebensversicherungspolize kann dagegen auf jeden Dritten übertragen werden, ohne dass derselbe an dem Leben oder dem Tode des Versicherten ein Interesse zu haben braucht. Die Auffassung, dass die Lebensversicherung nicht, wie die

vie, Paris 1881. Herbault, Traité des ass. s. l. vie, Paris 1877. Mornard, Henry du contrat d'ass. s. l. vie etc. Paris 1883. Paulmier F., Études sur les ass. s. l. vie. Paris 1883. Pouget, Assurances sur la vie, Paris 1855 und Les successions ou du Bénéfice de l'assurance sur la vie, Paris 1869. Lalande, Traité théorique et pratique des assurances terrestres. Paris 1884. Molineau, Jurisprudence des ass. s. la vie, Paris 1877. Ricou, Recueil Judiciaire renfermant les principaux jugements etc., Paris 1881. Legrand du Saulle, Étude medico-légale sur les ass. sur la vie, Paris 1867. Taylor et Tardieu, Étude médico-légale sur les ass. s. l. vie Paris 1866. Lutaud A., Étude medico-légale sur les Ass. s. l. vie etc. Paris 1882. Pandectes Belges X 879 ff. Rouben de Couder, Dict. I 744 ff. Dumaine Ch., Du contrat d'assurance sur la vie etc. Paris 1883.

Englisch-amerikanische Litteratur. Bliss, G., The Law of Life Insurance 2d ed. New-York 1874. Clarke, On Insurance, Toronto 1877. Walford, The Insurence guide, London 1867. Bunyon, The Law of Life Insurance, London 1868. Crawley, The Law of Life Insurance, London 1882. Kent, Commentaries on American Law, Boston 1873. Schwebemeier, Das Aktien-Gesellschafts-Bank-Versicherungs-Wesen in England, Berlin 1857. Bigelow, Reports of the Life and Accident Insurance Cases, determined in the courts of America, England, Scotland and Canada, down to September

Sachversicherung, eine Schadenversicherung sei, wird in neuerer Zeit namentlich vertreten durch Laband.[2]) Die **englischen** und **amerikanischen** Schriftsteller erklären in gleicher Weise, der Lebensversicherungsvertrag sei nicht ein contract of indemnity.[3]) Hiemit stimmt auch die englische Rechtsprechung überein, seitdem in Sachen Dalby v. The India and London Life Assurance Company, im Gegensatz zu dem von Lord Ellenborough in Sachen Godsal v. Roldero angenommenen Grundsatz festgestellt worden war: „That a contract of life insurance is not one of indemnity.[4])

Dieser Rechtsprechung folgt auch diejenige der amerikanischen Gerichte.[5]) Von französischen Schriftstellern, die dem Lebensversicherungsvertrage den Karakter eines eigentlichen Versicherungsvertrages absprechen, erwähnen wir nur Leveillé, Ubert und Rome.[6])

Im Gegensatz zu dieser Auffassung halten andere an dem Karakter eines Versicherungsvertrags fest.

Goldschmidt[7]) nimmt an, der Versicherte wolle sich gegen die Gefahr sichern, durch verfrühten Tod an der vollen, gleichviel aus welchen Gründen erstrebten Ersparung eines gewissen Kapitals verhindert zu werden; träfe die statistische Durchschnittsberechnung für ihn zu, so würde die Summe seiner Einschüsse nebst Zinsen wesentlich der bei seinem Tode fälligen Versicherungssumme entsprechen. Aehnlich ist nach Predöhl[8]) der Lebensversicherungsvertrag ein Versicherungsvertrag, durch welchen gegen Entgelt der Versicherer sich verpflichtet, Einzahlungen des Versicherten zu verwalten und im Falle eines bestimmten Ereignisses (Tod binnen bestimmter Frist oder Erleben eines bestimmten Zeitpunktes) diese durch Zinserträgnisse oder weitere Einzahlungen sich stetig mehrenden Einlagen unter Ergänzung auf eine bestimmte Summe dem Versicherten oder seinem Rechtsnachfolger (ungetheilt oder in Gestalt einer Rente) zurückzuzahlen. Diese assekuranzrechtliche Leistung der Versicherer

---

1876, with notes and references by Melville M. Bigelow of the Boston Bar. New-York 5 Vol. 1841—1877. Scratchley, Arthur, The decisions in Life Assurance Law, London 1878.

Ferner gehören hierher die Werke über Vertragsrecht, namentlich Addison, Law of contracts, London 1883. Smith, Mercantile Law ed. Dowdeswell, London 1877. —

[2]) Laband, Festschr. f. Thöl u. Zeitschr. f. H.R. XIX 643. Hinrichs, Zeitschr. f. H.R. XX 339 ff. Adler in Hauser, Zeitschr. f. Reichs- und Landrecht II 45. Stobbe, Deutsches P.R. § 198 und Elster, Die Lebensversicherung in Deutschland, S. 25 ff.

[3]) So Bunyon, The Law of Life assurance No. 5—7, Clarke on Insurance p. 1. Bliss, On Life Insurance § 3. Philipps, On the Law of Insurance, Vol. II No. 1515. Crawley S. 19 u. 26.

[4]) Smith, Leading Cases II 213 ff.

[5]) Kent, Commentaries 12 ed. III 753.

[6]) Le contrat d'assurance sur la vie p. 2 u. Adan, Étude sur la nature du contrat d'assurance sur la vie p. 5.

[7]) H.R. I 582 Anmerk.; Zeitschr. XXIII 179 ff.

[8]) Zeitschr. f. H.R. XXII 502.

besteht, sagt Predöhl, bei der Kapitalversicherung auf den Todesfall in der Ergänzung der Reserve. Für jede Periode läuft ein besonderer Versicherungsvertrag im Anschluss an eine Sparunternehmung; der Versicherte ersetzt den Schaden, den der Tod anrichtet in Bezug auf letztern, indem er weitere Einzahlungen unterbricht, an deren Stelle der Versicherer selbst das angesammelte Sparkassenguthaben zur vollen Höhe der Versicherungssumme ergänzt, das durch allmälige Einzahlungen zu gleicher Höhe angewachsen wäre, wenn das versicherte Leben den als äusserste Grenze menschlichen Lebens angenommenen Zeitpunkt erreicht hätte. Der Lebensversicherungsvertrag garantirt demnach dem Versicherten ein bestimmtes ökonomisches Resultat, unabhängig von seiner Lebensdauer.

Nach **Cohn** besteht bei der Lebensversicherung auf den Todesfall die Gefahr in der Vernichtung menschlicher Erwerbsfähigkeit durch vorzeitigen Tod.[9])

Auch **Lichtenfels** erscheint der Versicherungsvertrag mit Inbegriff des Lebensversicherungsvertrags als jener entgeltliche Vertrag, in welchem sich der Versicherer verpflichtet, dem Versicherten die Vermögensnachtheile, welche demselben aus einem bestimmten Ereignisse zugehen könnten, abzunehmen und selbst zu tragen.

Ebenso **Malss** in seinen Betrachtungen: „Die Lebensversicherung ist derjenige Versicherungsvertrag, welcher den Ersatz eines solchen Nachtheils zum Zwecke hat, der durch das gänzliche oder theilweise Aufhören der Lebensthätigkeit oder dadurch veranlasst wird, dass der Tod eines Menschen abweichend von seiner wahrscheinlichen Lebensdauer eintritt, S. 28," und in seiner Zeitschrift für Versicherungswesen:

Bei den **französischen** Schriftstellern herrscht die Auffassung des Lebensversicherungsvertrags als eines wahren Assekuranzvertrags entschieden vor, und zwar wird die Gefahr, gegen welche die Versicherung genommen wird, in dem vorzeitigen Tode des Ehemanns oder Familienvaters gefunden, wodurch der Familie die Mittel zum Lebensunterhalt entzogen werden.[10])

[9]) Cohn, Ludw., Der Versicherungsvertrag nach allgem. Rechtsprinzipien S. 15 und dazu Laband in Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XIX 644.

[10]) Als Beweis hierfür berufen wir uns auf folgende Schriftsteller: Couteau, Traité des ass. s. l. vie. On considère que la vie humaine est une force productrice de revenus et, si ces revenus sont épargnés, de capitaux. Le risque consiste en ce qu'une mort prématurée peut faire cesser ces revenus ou arrêter l'épargne et empêcher la formation du capital. Cette mort prématurée d'un chef de famille, qui soutient les siens par son travail est pour ceux, qui lui survivent un véritable sinistre. Le contrat d'assurance stipulant ce capital payable au décès, à quelque époque qu'il survienne, les garantit contre ce risque et les indemnise du dommage causé par le sinistre p. I 23. L'assurance sur la vie est une assurance. Cela dit tout: la nature, le caractère et le but du contrat, p. 30. Mais c'est toujours une assurance, non pas au profit du contractant qui ne doit rien recueillir puisque le capital stipulé n'est payable qu'après sa mort, mais au profit de ceux que sa volonté désigne: sa femme, ses enfants. Ce sont eux qui sont assurés. Contre quel péril? Contre le risque que la mort prématurée, de leur mari ou de leur père n'enlève à la famille les ressources produites par son travail p. 34.

Ebenso behandeln den Versicherungsvertrag als eigentlichen Assekurranzvertrag Montluc p. 144. Quenault, Des assurances terrestres No. 12. Merger, Des

§ 414.

B. Versicherungsvertrag weder ein Darlehns- noch ein Sparkassenvertrag.

Eine eigenthümliche Auffassung, welche bis jetzt wenig Anklang gefunden hat, wird vertreten durch **Thöl**, H.R. II § 310: „Der Lebensversicherungsvertrag ist nicht ein Versicherungsvertrag, wie er immer genannt wird, er fällt durchaus nicht unter diesen Begriff, **sondern ist ein aleatorisches Darlehen.**"

Dieser Auffassung, und dieselbe noch überbietend, indem er den aleatorischen Karakter bestreitet, hat sich angeschlossen Arthur Hofmann, das Recht auf die Versicherungssumme bei der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, S. 26, ohne neue Begründung, wogegen die höfliche Bemerkung Labands in seinem Festprogramm mit Unrecht als Zustimmung ausgelegt worden ist; l. c. S. 37.

Dagegen findet sich eine ähnliche Auffassung bei Leveillé, Vibert und Tissier.[1])

Die Karakteristik des Versicherungsvertrags als eines Darlehensvertrags hat sofort Widerspruch gefunden bei Goldschmidt,[2]) Mittermaier[3]) und Stobbe.[4])

---

assurances terrestres p. 55. Rouben de Couder, Dictionnaire de droit commercial Vol. I 747. Mornard l. c. S. 121 ff.

Etwas verschieden hiervon ist die Auffassung von Herbault, Traité théorique et pratique des assurances sur la vie p. 31. Quelle est la nature juridique du contrat d'assurances en cas de décès? Cette convention constitue un contrat d'assurances ayant pour objet la réalisation future d'un capital, réalisation garantie contre le risque d'une mort prématurée. La chose assurée n'est pas la vie même de l'assuré; c'est un capital déterminé. Ferner p. 39 ff.: Le véritable objet du contrat d'assurances en cas de décès, c'est de garantir contre le risque d'une mort prématurée, la formation d'un capital voulu. Voilà la véritable cause du contrat, sa cause déterminante. Le contrat d'assurance est le contrat principal; le contrat de placement est le contrat accessoire, secondaire. Mais a vrai dire, nous n'avons pas besoin de nous occuper de ce dernier contrat: car nous le répétons, la véritable cause du contrat, c'est le contrat d'assurance, c'est la certitude donnée par l'assureur à l'assuré, qu'il aura le capital désiré, à quelque époque que son décès arrive.

Courcy gibt folgende Definition des Versicherungsvertrages. L'assurance sur la vie est un contrat par lequel une compagnie s'oblige à payer lorsque surviendra le décès du contractant un capital déterminé. Précis de l'assurance sur la vie p. 2 und fügt sodann bei: L'objet propre de l'assurance sur la vie n'est pas autre en effet je ne saurais trop le répéter que d'indemniser ceux qui survivent du préjudice d'argent qu'une mort prématurée leur fait éprouver. Il suit de là que pour que l'assurance ait sa vraie signification, sa réalité, sa raison d'être, il faut que l'éventualité prévue doive amener un dommage d'argent à réparer p. 7 l. c.

[1]) L'assurance sur la vie est une variété du mutuum. Le capital assuré représente pour une partie un capital restitué (les primes) pour une partie une prime de remboursement. Les compagnies d'assurances sur la vie qui ont cru manier de véritables assurances, alors qu'elles n'en maniaient pas peuvent bien avoir passé des emprunts sans s'en douter, comme un personnage de Molière faisait de la prose sans le savoir (bei Adan l. c. p. 6 ff.). Vibert p. 13.

[2]) In seiner Zeitschrift XXII S. 179 ff..

[3]) Ebendaselbst XXII S. 202.

[4]) Deutsches Priv.R. § 198 III S. 364.

Auch von französischen Schriftstellern wurde der Ansicht Leveillés, Tissiers und Viberts widersprochen, namentlich von Couteau.[5])

Die Lebensversicherung ist keine Schadenversicherung. Bei der Lebensversicherung kommt der Tod nicht als schadenbringendes Moment in Betracht, sondern nur als Zahlungstermin, und die Gründe, weshalb sich Jemand veranlasst sieht, eine Versicherung auf seinen Todesfall einzugehen, können sehr verschiedener Art sein; ein auf den Todesfall verfügbares Vermögen zu erhalten, der Mühe des Sparens überhoben zu sein, Verluste zu ersetzen, Schulden abzuzahlen, sich Kredit zu verschaffen, die Hinterbliebenen sicher zu stellen u. s. w. Aber nicht diese Motive sind es, welche den juristischen Karakter des Vertrags bestimmen, sondern die aus demselben entstehenden Rechtsverhältnisse, die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten. Die Sachversicherung ist nun desshalb eine Schadenversicherung, weil sich die Gesellschaft verpflichtet, einen Schaden zu vergüten, welcher durch ein bestimmtes Ereigniss entstehen kann, nicht mehr und nicht weniger. Der Versicherte erlangt nicht ein Recht auf eine zum Voraus bestimmte Summe, sondern auf Vergütung des wirklich erlittenen Schadens bis zum Belaufe der Versicherungssumme. Die Thatsache des eingetretenen Schadens und der Nachweis der Höhe desselben gehören daher bei der Schadenversicherung zum Klagfundament des Versicherten. Durch den Lebensversicherungsvertrag dagegen verpflichtet sich die Gesellschaft, bei Eintritt des Todes oder schon vorher dem Versicherten eine zum Voraus vereinbarte Summe Geldes zu bezahlen, ohne Rücksicht darauf, ob aus dem Tode des Versicherungsnehmers für ihn oder irgend Jemand ein Schaden entstanden ist oder in welchem Verhältniss die Versicherungssumme zu demselben stehe. Ein erlittener Schaden ist daher für die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft und für die Berechtigung des Versicherten oder seiner Rechtsnachfolger keine nothwendige oder auch nur erhebliche Voraussetzung, sondern eine irrelevante Thatsache. — Derselbe gehört daher nicht zum Klagfundament.

Der Lebensversicherungsvertrag ist auch kein Darlehensvertrag, dass ein Darlehensvertrag des Inhalts sein kann, dass alljährlich eine bestimmte Geldsumme bis zu einem bestimmten Tage einbezahlt und sodann die sämmtlichen einbezahlten Summen sammt Zinsen oder Zinseszinsen in einer Gesammtsumme zurückgezahlt werden sollen, wird Niemand läugnen, wohl aber die Gleichstellung dieses Vertragsinhalts mit demjenigen eines Lebensversicherungsvertrags. Nach Thöl besteht die einzige Abweichung darin, dass für das Aufhören der Einzahlungen (Prämienzahlungen) statt eines bestimmten Tages der Todestag einer Person maassgebend sein soll, denn die Grösse der Prämien und der zurückzuzahlenden Summe könne zum Voraus vereinbart werden. Der daherigen Berechnung liege die wahrscheinliche Lebensdauer der Person, deren Tod maassgebend sei, zu Grunde, sie bestimme das Verhältniss jener beiden Summen und weil die Wahrscheinlichkeitsberechnung bestimmend sei, so sei

---

[5]) l. c. I 225, 233, 439, la prime n'est pas de l'argent prêté, mais de l'argent aliéné; Adan l. c. p. 39 u. Mornard l. c.

eben das Darlehen ein aleatorisches. Dass das Rechtsgeschäft ein aleatorisches ist, wollen wir nicht bestreiten, wohl aber dass dasselbe ein Darlehen sei. Dies widerspricht der Absicht der Parteien und der Natur der gegenseitigen Verpflichtungen. Der Versicherungsnehmer will kein Darlehen geben und kein Recht aus einem Darlehensvertrage erwerben, sondern ein solches auf eine bestimmte Summe, zahlbar bei Eintritt des Todes oder eines früheren Ereignisses; er klagt daher auf Zahlung dieser Summe und nicht auf Rückzahlung geliehenen Geldes und es ist ganz gleichgültig ob er mehr oder weniger eingezahlt hat als er jetzt fordert. Die Versicherungsgesellschaft lässt sich den Betrag der Prämie nicht leihen, sondern bezahlen als Entgelt für die übernommene Gefahr, denn für sie ist der frühzeitige Tod des Versicherten eine solche. Dieser Betrag verfällt der Gesellschaft vollständig und wird von ihr theilweise zur Zahlung von Versicherungssummen verwendet und theils zu Versicherungszwecken aufbewahrt, so dass für keinen Theil derselben für sie die Verpflichtung zur Rückzahlung entsteht. Die Prämie dient ganz und nicht bloss theilweise zur Deckung des übernommenen Risiko, zur Auszahlung der während des Jahres fällig werdenden Versicherungssummen, zur Deckung der Administrationskosten, und selbst die sogenannte Reserve besteht aus nichts anderem als aus vollbezahlten Prämien und ist ausschliessliches Eigenthum der Gesellschaft, wie wir später nachweisen werden.[6]) Mit dem Wesen des Darlehensvertrags würden ferner die Einreden unvereinbar sein, welche die Gesellschaft der gegnerischen Forderung entgegensetzen kann.

Ihre Verpflichtung erlischt, wenn die Prämie nicht rechtzeitig bezahlt wird, wenn der Versicherte seine Anzeigepflicht verletzt hat, wenn er seinen Beruf zum Nachtheil der Gesellschaft verändert, die Gefahren vermehrt, ohne Anzeige zu machen Meerreisen unternimmt, Krieg mitmacht u. s. w.; wenn er sich selbst das Leben nimmt oder durch liederliche Lebensweise seine Lebensdauer verkürzt, im Duell das Leben verliert, der Todesfall nicht rechtzeitig angezeigt oder die Forderung nicht rechtzeitig geltend gemacht wird u. s. w. Wie aus solchen Gründen die Verpflichtung zur Rückzahlung eines **Darlehens** erlöschen könnte, wäre ganz unerfindlich. Endlich müsste auch die Versicherungssumme stets zum Nachlass des Versicherungsnehmers gerechnet werden, wenn der Vertrag ein Darlehensvertrag wäre, denn es hätten in diesem Falle die Prämien niemals aufgehört zum Vermögen des Zahlenden zu gehören. Aus allen diesen Gründen kann die Theorie Thöls nicht als eine richtige anerkannt werden.

Die nämlichen Gründe, welche gegen den **Darlehensvertrag** sprechen, sprechen auch gegen den **Sparkassenvertrag** von Malss, welcher auf einer ungerechtfertigten Spaltung des Versicherungsvertrags in einen Sparkassen- und einen Versicherungsvertrag beruht, wonach nur ein Theil der Prämie zur Deckung des Risiko, der andere dagegen zur Bildung einer Kapitalanlage dienen soll.[7]) — Wollte man den Lebensversicherungsvertrag unter eine der bestehenden Vertragsarten einreihen, so würde er am passendsten als eine Art von Kaufvertrag aufgefasst werden können.

[6]) Lichtenfels S. 23. Adan l. c. p. 4.

[7]) Malss in seiner Zeitschr. II 229. Couteau l. c. I 213 ff. Mornard l. c.

Der Versicherte zahlt in der Regel eine jährliche Rente und erhält dafür auf den Todestag ein Kapital. Die Gesellschaft kauft die Rente und der Versicherte verkauft dieselbe gegen ein Kapital, zahlbar beim Tode oder einer andern vorher bestimmten Zeit.[8])

Ein französischer Schriftsteller, Reboul, sagt daher: L'assurance c'est la rente viagère vue à l'envers. Auch Dahn[9]) findet die Grundsätze des Kaufvertrags analog auf den Lebensversicherungsvertrag anwendbar, und ein Dresdener Urtheil vom 14. Dezember 1866 betrachtet den Lebensversicherungsvertrag geradezu als ein fixes Kaufgeschäft.[10]) Indessen liegt keine Nothwendigkeit vor, diesen Vertrag in das römische Vertragssystem einzureihen, und kein Grund, ihn nicht als einen eigenthümlichen und unter eigenen Grundsätzen stehenden zu behandeln. Demnach würden wir für den Lebensversicherungsvertrag folgende Definition aufstellen.

Der Lebensversicherungsvertrag ist derjenige Vertrag, wodurch der eine Kontrahent sich verpflichtet, bis zu seinem Tode oder bis zum Tode einer dritten Person oder während einer vereinbarten Zeitdauer dem Andern eine jährliche Prämie zu bezahlen, wogegen derselbe sich verpflichtet, bei Eintritt des Todes desjenigen, auf dessen Leben die Versicherung genommen worden ist, oder nach Ablauf der vereinbarten Zeitdauer an den Versicherungsnehmer selbst oder seine Erben oder andere von ihm zu bezeichnende Personen eine bestimmte Summe auszuzahlen.[11])

Todesversicherung und Altersversicherung. Zwei Fälle sind bei der Lebensversicherung zu unterscheiden. Der Eintritt des Todes, wodurch die Versicherungssumme fällig werden soll, ist entweder ein nothwendig und sicher eintretendes Ereigniss oder ein solches von dem es ungewiss ist, ob es eintreten wird oder nicht.

Der erste Fall ist der gewöhnliche regelmässige, die Versicherung auf den Fall des Todes, die Todesversicherung; die Versicherungssumme wird unter der Voraussetzung, dass im Uebrigen die Vertragsbedingungen von dem Versicherten erfüllt worden sind, auf das Ableben desselben fällig. Der Verfalltag ist somit ein dies certus an incertus quando. Hieher gehört ausser der Versicherung auf das eigene Leben auch diejenige auf ein fremdes Leben und diejenige auf zwei verbundene Leben, wobei die Versicherungssumme entweder beim Tode des Erststerbenden oder des Ueberlebenden fällig wird.

Der zweite Hauptfall begreift in sich die Versicherung auf den Lebensfall. Die Assekuranzsumme ist fällig, wenn der Versicherte ein bestimmtes Lebens-

---

[8]) Malss. Betr. S. 28.

[9]) Deutsches Priv.R. S. 165.

[10]) Zeitschr. f. H.R. XIII 50.

[11]) Das Gesetzbuch von Georgia (§ 2776) definirt den Lebensversicherungsvertrag. As a contract by which the insurer, for a stipulated sum, engages to pay a certain amount of money if another dies within the time limited by the policy. The life may be that of the assured, or of another, in whose continuance the assured has an interest. Vide Bliss l. c. p. 5 Not. 2.

alter erreicht, mithin der Tod nicht vorher eingetreten ist. Ob der Fall eintreten wird oder nicht, ist zweifelhaft, der dies ist somit incertus an, **Altersversicherung** (assurance d'un capital differé), die Versicherungssumme wird fällig, wenn die versicherte Person ein bestimmtes Alter erreicht, und fällt dahin, wenn sie vorher stirbt. Indessen wird in solchen Fällen oft bestimmt, dass die Einlagen ohne Zins an dem Tage zurückerstattet werden sollen, an welchem die Versicherungssumme fällig gewesen wäre, wenn der Versicherte denselben erlebt hätte.[12]) Dahin gehört auch die sogenannte Ausstattungsversicherung, d. h. Versicherung behufs der Ausstattung. Die Versicherungssumme soll z. B. bezahlt werden, wenn der Versicherte das 20. Altersjahr erreicht hat. Ferner die Versicherung auf das **Ueberleben**, wobei die Versicherungssumme nicht dem Ueberlebenden bezahlt wird, sondern dem Versicherten unter der Bedingung, dass er eine bestimmte, in der Polize genannte Person überlebe. Sie wird daher hinfällig, wenn er vorher stirbt.

Endlich gehört dahin auch die **Versicherung auf kurze Zeit** für den Fall, dass der Tod während derselben eintritt, sowie die Versicherung gegen vorübergehende ausserordentliche Gefahren, z. B. einer Seereise, Eisenbahnfahrt, durch Lösung eines sogenannten insurance ticket, einer Bergbesteigung, eines Krieges u. s. w. Die Versicherungssumme wird fällig, wenn der Tod binnen der bestimmten Frist, oder in Folge der Gefahr, gegen welche Versicherung genommen worden ist, eingetreten ist.

C. Vertragsschluss.

§ 415.

1. Die den Vertrag schliessenden Personen.

Als vertragschliessende Parteien kommen bei Abschluss eines Versicherungsvertrags in Betracht der **Versicherer**, d. h. diejenige Person oder Gesellschaft, welche sich unter den vertragsmässigen Bedingungen zur Zahlung der Versicherungssumme verpflichtet. Es kann dies eine einzelne Person sein, in der Regel aber sind es Gesellschaften, welche solche Geschäfte betreiben, und zwar entweder Aktiengesellschaften oder Gesellschaften auf Gegenseitigkeit.

Der andere Kontrahent ist der **Versicherungsnehmer**, und derjenige, auf dessen Tod die Versicherung genommen wird, heisst der **Versicherte**. Wird der Versicherungsvertrag auf das eigene Leben abgeschlossen, so ist der Versicherungsnehmer zugleich der Versicherte.

Amerikanische Schriftsteller nennen denjenigen, dessen Leben versichert ist, insured, und denjenigen, zu dessen Gunsten der Vertrag abgeschlossen wurde, welchem somit die Versicherungssumme zufallen soll, assured.[1]) Wird die Versicherung auf das eigene Leben genommen, so bedarf es eines besondern

---

[12]) Elster S. 19. Couteau I 203 ff.

[1]) Bliss, l. c. pag. 6. Crawley bezieht Assurance auf die Lebensversicherung und Insurance auf die Sachversicherung. Vorrede.

Nachweises des Interesses des Versicherungsnehmers nicht, auch wenn er sich zu Gunsten eines Dritten versichert. Das R.O.H.G. hat angenommen, wer sein eigenes Leben versichere, wenngleich zu Gunsten eines Dritten, habe stets selber ein vollkommen ausreichendes Interesse, und dieses genüge, ohne dass es auf Interesse oder Nichtinteresse des Dritten ankomme.[2])

Indessen wird doch eine Ausnahme gemacht, wenn die Polize zum Schein auf das eigene Leben, in Wirklichkeit aber auf dasjenige eines Dritten genommen worden ist.[3])

Die englische gambling Act verlangt für die Gültigkeit des Lebensversicherungsvertrags zu Gunsten eines Dritten ein pekuniäres Interesse des Versicherungsnehmers, nimmt jedoch an, ein solches sei bei der Versicherung auf das eigene Leben immer vorhanden und bedürfe daher keines Nachweises. Nach amerikanischem Rechte genügt dagegen jedes Interesse und es braucht dasselbe kein pekuniäres zu sein.[4])

In Holland war die Frage, ob überhaupt gestützt auf Art. 302 des H.G.B. eine Versicherung auf Lebensdauer geschlossen werden könne, streitig, wurde jedoch durch das Gesetz vom 1. Juni 1875 in bejahendem Sinne entschieden.[5])

Vorsichtiger wird dagegen nach dem Vorhandensein eines Interesses gefragt, wenn die Versicherung nicht auf den eigenen Todesfall, sondern auf denjenigen eines Dritten genommen wird. Da solche Versicherungen das Gebiet der Spekulation streifen, so werden sie von den Gesetzgebungen vielfach beschränkt, und die Gesellschaften sehen sich auch veranlasst, vor Eingehung des Vertrags die Frage des Interesses zum Gegenstande einer sorgfältigen Untersuchung zu machen. Nach Abschluss des Vertrags aber wird derselbe von den deutschen Gesellschaften als gültig anerkannt, sollte auch das Interesse in Wirklichkeit nicht bestanden haben. Ebensowenig wird eine Reduktion verlangt, wenn es nicht mehr oder nicht mehr in gleichem Umfange bestehen sollte.[6])

Das **Preuss. L.R. II 8 § 1971 ff.** gestattet nur Ascendenten, ehelichen Descendenten, Ehegatten und Verlobten für eigene Rechnung das Leben eines Dritten zu versichern. Ausser diesen kann Niemand zu seinem eigenen Vortheil auf das Leben eines Dritten, ohne dessen schriftliche, früher **gerichtliche Einwilligung,** Versicherung nehmen.[7])

Das **zürcherische** Gesetzbuch § 1756 gestattet den Abschluss eines Versicherungsvertrags auf ein fremdes Leben nur dann, wenn der Versicherte (Versicherungsnehmer) ein Interesse an dem Fortleben der Person hat, auf welche die Versicherung abgestellt wird. Im entgegengesetzten Falle wird das Geschäft als ein Spielvertrag behandelt.

---

[2]) Entsch. VII 306.

[3]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XIV 636. Bliss S. 35.

[4]) Bunyon S. 19. Bliss S. 35. Crawley S. 34 ff.

[5]) Mittermaier in Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. XXII 199 ff.

[6]) Hinrichs Zeitschr. f. H.R. XX 380 ff. Dagegen Staudinger l. c. 21, 95, 97, 173.

[7]) Ges. v. 11. Juli 1845.

Das **ungarische** H. G. B. vom 16. Mai 1875 Art. 499 verlangt entweder **Zustimmung** des Versicherten oder ein Interesse des Versicherungsnehmers an dem Leben desselben. Eine Ausnahme wird gemacht für Verwandte in auf- und absteigender Linie, Ehegatten und Brautleute.

In **Frankreich** entscheidet die Gesetzgebung die Frage der Zulässigkeit solcher Verträge auf das Leben eines Dritten nicht. Dessenungeachtet wird sie allgemein anerkannt. Die Praxis verlangt nur den Nachweis der Zustimmung des Versicherten, während die Theorie in der Mehrzahl ihrer Vertreter den Nachweis fordert, dass der Versicherungsnehmer an dem Leben des Versicherten ein pekuniäres Interesse habe.[8])

Das **belgische** Gesetz vom 11. Juni 1874 erklärt eine Versicherung auf das Leben eines Dritten für nichtig, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Versicherungsnehmer an demselben kein Interesse gehabt hat.[9])

Das **holländische** H. G. B. Art. 303 gestattet eine solche Versicherung selbst ohne Wissen oder Einwilligung desjenigen, dessen Leben versichert wird, dagegen muss das Interesse des Versicherungsnehmers nachgewiesen werden.[10])

Nach **englischem** Recht ist für jede Versicherung auf ein fremdes Leben ein nachweisbares vermögensrechtliches Interesse auf Seiten des Versicherungsnehmers nur nach dem Gesetzesrecht (statute law) nothwendig, nicht auch nach dem common law 14 Geo. 3 C. 48. Dasselbe muss bei Abschluss des Vertrags vorhanden sein, wogegen eine Fortdauer desselben nicht erforderlich ist.[11])

In Folge dessen sprechen die Gerichte unter Umständen auch nur denjenigen Betrag zu, welcher dem damaligen Interesse entspricht, und keinen höhern. Verwandtschaft ist kein „insurable interest", wenn dem Versicherungsnehmer kein rechtlicher Anspruch auf Unterstützung zusteht. Daher ist auch beim Fehlen eines pekuniären Interesses selbst die Versicherung des Vaters auf das Leben des Kindes oder des Ehemanns auf dasjenige der Frau keine zweifellos gültige, wogegen die Versicherung der Frau oder des Kindes auf das Leben des Ehemanns oder Vaters unbeanstandet ist. Auch der Gläubiger kann eine Versicherung nehmen auf das Leben seines Schuldners, beim Tode desselben jedoch nur denjenigen Betrag in Anspruch nehmem, welchen er beim Vertragsabschlusse zu fordern hatte, selbst wenn inzwischen durch Zinse, Prämienzahlung u. s. w. die Forderung sich bis zur vollen Höhe der Versicherungssumme gesteigert hätte.[12])

---

8) Couteau II 79. Herbault S. 109 ff. Vibert S. 71 ff. Dictionnaire de droit com. de Rouben de Couder I S. 749 und die dort angeführten. Clunet, Journal de droit international 1880 S. 306 Not., 1879 S. 333.

9) Art. 41. L'assurance sur la vie d'un tiers est nulle s'il est établi que le contractant n'avait aucun intérêt à l'existence de ce tiers. Dazu Adan, Commentaire sur le projet du code de comm. belge S. 41.

10) Zeitschr. f. H.R. XXII 199.

11) Crawley, Life Ins. S. 23 ff., 26 ff.

12) Bliss l. c. 513. Bunyon l. c. p. 14 ff.

Auch nach **amerikanischem** Recht ist ein insurable interest erforderlich, allein dasselbe braucht weder ein pekuniäres zu sein, noch auf einem gesetzlichen Anspruche zu beruhen, sondern es genügt eine Anwartschaft oder ein indirekter Vortheil. Unter dieser Voraussetzung sind Versicherungen des Vaters, Ehemanns u. s. w. auf das Leben des Kindes oder der Ehefrau, der Schwester auf das Leben des Bruders und umgekehrt, eines Gesellschafters auf das Leben des Andern, des Verlegers auf dasjenige des Autors u. s. w. zulässig.

Versicherungen dagegen zu Gunsten Dritter, welchen ein solches Interesse nicht zu Grunde liegt, widersprechen zwar dem common law nicht, wohl aber den Bestimmungen der englischen gambling act und den Gesetzen einzelner amerikanischen Staaten: z. B. die Versicherung, welche der Onkel auf das Leben des Neffen nimmt, ist ungültig, wenn er nicht ein pekuniäres Interesse nachweist.[13])

[13]) Clunet, Journal du droit internat. 1880 S. 306. — Ausser der französischen Praxis hat sich in neuerer Zeit, namentlich Endemann in Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. X 281 ff. sehr bestimmt gegen die Forderung des Interesses ausgesprochen. Dafür dagegen Staudinger. Für das Versicherungsrecht ist die Frage von keinem grossen Belang. Die Gesellschaften werden erhöhte Vorsicht anwenden, wenn es sich um Versicherung des Lebens eines Dritten ohne sichtbares Interesse für den Versicherungsnehmer handelt. Entschliessen sie sich aber zum Abschluss, so sollen sie sich nicht durch den Nachweis befreien können, dass ein Interesse an die Fortdauer des Lebens des Versicherten für den Versicherungsnehmer nicht vorhanden gewesen sei. Die Zustimmung des Versicherten ist als Regel erforderlich, doch empfiehlt es sich davon abzusehen, wenn die Versicherung entweder durch verwandtschaftliche Gründe oder durch nachweisbare Vermögensinteressen sich rechtfertigt.

Die Ansicht, dass das Interesse fortdauern müsse, und nur dasjenige zu vergüten sei, welches beim Tode des Versicherten noch als vorhanden nachgewiesen werden könne, wurde in dem berühmten Falle Godsal v. Boldero von Lord Edenborough aufgestellt, seither aber in dem Falle Dalby v. the India and London Assurance Company wieder fallen gelassen. Wir theilen hier den Fall mit, weil er dem deutschen Publikum nicht hinlänglich bekannt zu sein scheint. Er wurde zuerst angeführt in den Abhandlungen von Heise & Cropp II 612 Anmerk. 48 ohne Detail aber richtig. Sodann von Malss in seinen Betrachtungen S. 60, welcher aber darüber klagt, dass die näheren Gründe des Urtheils nirgends angegeben seien, und es ihm auch nicht gelungen sei, derselben habhaft zu werden. Endlich bemerkt Predöhl in der Zeitschr. f. H.G. XXII S. 483, „Es wurde durch einen besonderen Parlamentsakt in einer cause célèbre solche Versicherung für hinfällig erklärt. Die Gläubiger des Staatsmannes Pitt hatten dessen Leben versichert, das Parlament bezahlte seine Schulden. Die Lebensversicherungsansprüche wurden nicht anerkannt. Entscheidungsgründe fehlen.“ Der Fall ist mit Thatbestand und Motiven vollständig abgedruckt in Smith, A Selection of Leading Cases on various branches of the Law II 204 ff. Die Kläger, Kutschenmacher, versicherten den 29. Nov. 1803 das Leben ihres Schuldners Wilhelm Pitt gegen eine jährliche Prämie von £ 15 sh. 15 auf 7 Jahre für eine Summe von £ 500. Nach Pitts Tode wurden seine Schulden durch das Parlament bezahlt, und die Klage der Versicherungsnehmer gegen die Versicherungsgesellschaft durch Lord Ellenbourgh abgewiesen, gestützt auf die Akte 14 Geo. 3 c. 48 an Act for regulating Insurances upon Lifes, and for prohibiting all such Insurances exept in cases where the Persons insuring shall have an Interest in the Life or Death of the Persons insured — Vide Chitty's Collection of Statutes Vol. II 844. Dieses Gesetz von 1774 gestattete den Abschluss eines Versicherungsvertrages auf

§ 416.

2. Form des Lebensversicherungsvertrages.

Zur Gültigkeit eines Lebensversicherungsvertrags als eines Handelsgeschäfts bedarf es nach den Bestimmungen des H. G. B. Art. 236 der schriftlichen Abfassung nicht, sondern es kann derselbe auch mündlich oder sonst in wenig formeller Weise abgeschlossen werden. Dies gilt nach den Entscheidungen des O. H. G. gegenwärtig auch für das Gebiet des Preuss. A. L. R. trotz der entgegenstehenden Bestimmung desselben.[1])

Auch nach **französischem** Rechte ist die Schriftlichkeit zur Gültigkeit des Vertrags nicht erforderlich, wohl aber zum Beweise desselben.[2])

Das **amerikanische** Recht erklärt ebenfalls einen mündlichen Vertragsabschluss beim Mangel einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift für bindend, während aus den Bestimmungen der **englischen** gambling act, dass der Name des Versicherten in der Polize genannt werden soll, geschlossen werden darf, dass eine schriftliche Abfassung erforderlich sei, obgleich die Ungültigkeit eines bloss mündlich abgeschlossenen Vertrags nirgends ausgesprochen ist.[3])

Allein nicht nur schreiben andere Gesetzgebungen, **Holland** Art. 255, **Zürich** § 1705, die schriftliche Abfassung des Versicherungsvertrags vor, sondern

---

das Leben Dritter nur unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsnehmer im Augenblick des Vertragsabschlusses ein pekuniäres Interesse an der Versicherung habe. Lord Ellenbourgh erklärte nun, es sei der Versicherungsvertrag ein contract of indemnity, das Interesse müsse daher beim Tode des versicherten Lebens noch vorhanden sein, da nun zur Zeit der Klageanbringung die Versicherungsnehmer gedeckt gewesen seien, so stehe ihnen, wegen Mangels eines Interesse, kein Klagerecht zu.

Diese Theorie blieb die herrschende bis 1855, in welchem Jahr sie in dem citirten Urtheil Dalby v. the India and London Assurance Company, overruled wurde, wobei nicht nur ihre Unrichtigkeit, sondern auch der Umstand in Berücksichtigung gezogen wurde, dass die Praxis der Versicherungsgesellschaften selbst dieselbe nicht anerkannt habe. Seither wurde stets angenommen, es genüge, wenn das Interesse beim Vertragsabschlusse vorhanden gewesen sei, und es sei die Fortdauer desselben nicht erforderlich. Chitty l. c. p. 844 Anmerk. 6. Smith l. c. II 213. Williams, Principles of the Law of Personal Property 8ten ed. p. 185. Bunyon, The Law of Life assurance p. 25. Blackstone, Stephen, Commentaires II 140. Addison on the Law of contract 8. Ausg. 1883 p. 740. Wie die Entscheidung in re Godsal v. Boldero auch für die amerikanische Rechtssprechung maassgebend gewesen war, so wirkte nun auch die entgegengesetzte Entscheidung in re Dalby auf dieselbe zurück. It is clear, sagt Kent, that if the insured had an interest at the time, the policy was issued, it is not necessary that he schould have one at the time of the death. Life insurance is not a contract of idemnity, and Godsall v. Boldero is no longer law. Commentaries on American Law III S. 482 Note (12 ed.). Bliss, On Life insurance p. 24a, 40. Phillips, On the Law of insurance II p. 241 u. 403. Couteau l. c. II 81 ff.

[1]) Entsch. d. R.O.H.G. V 10. Keyssner in Behrends Zeitschr. V 172. Laband in Zeitschr. f. H.R. XX 405. Dernburg Preuss. Priv.R. II 626. Preuss. Allg. L.R. V 8 § 2064 und dazu Kommentar von Koch, 5. Ausgabe. Dagegen Obertribunal zu Berlin, Zeitschr. f. H.R. XIX 232.

[2]) Couteau II 119.

[3]) Bliss l. c. S. 196. Bunyon S. 11. Crawley S. 32.

es geschieht dies auch, wenigstens für Feuer- und Lebensversicherungen, von allen Gesellschaften. Die schriftliche Polize kann als die ausnahmslose Form für solche Verträge angesehen werden. Die Gesellschaften verpflichten sich nach Maassgabe der schriftlichen oder gedruckten Polizebedingungen und der Vertrag wird nicht perfekt vor Ausfertigung und Zustellung desselben; der Versicherungsnehmer kann auch nur diejenigen Rechte geltend machen, welche ihm nach **Inhalt** der Polize zustehen. Couteau II 121.

So lange das Versicherungsrecht nicht kodifizirt ist, die einzelnen Bestimmungen und Bedingungen desselben daher nicht allgemein bekannt und gekannt sind, ist die schriftliche Festsetzung der Vertragsbedingungen ein nothwendiges, wenn auch nicht überall gesetzlich vorgeschriebenes Erforderniss.[4]) Die Polize enthält jedoch nicht alle Bedingungen und Abreden, unter welchen der Vertrag abgeschlossen wird, sondern es gehören dazu auch die sogenannten allgemeinen Versicherungsbedingungen der Gesellschaft, auf welche daher regelmässig verwiesen wird, und zwar unter Abdruck auf der Rückseite der Polize. Es bilden daher dieselben einen Bestandtheil des Vertrags und es darf angenommen werden, dass der Versicherungsnehmer von ihnen Kenntniss erhalten und sich durch Annahme der Polize damit einverstanden erklärt habe. Die Berufung auf Unkenntniss ist demnach nicht zu berücksichtigen.[5])

Da ferner die schriftliche Form des Vertrags die Regel bildet, so ist anzunehmen, dass nur diejenigen Abreden als vereinbart gelten sollen, welche in die Polize direkt oder durch Verweisung auf die Vertragsbedingungen aufgenommen worden sind und auf frühere mündliche Zusagen ist daher keine Rücksicht zu nehmen. In welchem Augenblick aber der Versicherungsvertrag zur Perfektion gelangt und seine Wirksamkeit beginnen soll, bildet noch zur Stunde Gegenstand des Streites. Den Willen, einen Versicherungsvertrag abschliessen zu wollen, erklärt der Versicherungsnehmer durch Einreichung seines Antrags und der von ihm ausgestellten und unterzeichneten Deklaration. Die Gesellschaft dagegen erklärt ihren Willen, den Antrag annehmen zu wollen, durch einseitige Ausfertigung und Zustellung der von ihr unterzeichneten Polize. Wo daher weder durch das Gesetz noch durch die Statuten besondere Förmlichkeiten vorgeschrieben sind, wie z. B. die Unterschrift beider Parteien nach französischem Recht, von deren Beobachtung die Perfektion des Vertrags abhängt, so gilt der Vertrag als in dem Augenblick zu Stande gekommen, wo die Gesellschaft ihre Zustimmung durch Unterzeichnung und Zustellung der Polize erklärt hat. Von diesem Augenblick an herrscht Uebereinstimmung und sind beide Parteien gebunden. Allein es steht in der Willkür der vertragschliessenden Parteien, wie sie die Prämienzahlung und deren Verhältniss zu dem Anspruch auf die Versicherungssumme ordnen wollen.[6])

Demgemäss beginnt nach einigen Statuten die Verbindlichkeit der Kontra-

---

[4]) Kübel in Malss Zeitschr. f. V.R. II 350.

[5]) Malss in Zeitschr. f. V.R. II 164. Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. XXII 255.

[6]) Entsch. d. R.G. III S. 104 ff.

henten nicht gleichzeitig, sondern es wird mit Bezug auf die erste Prämienzahlung der Versicherungsnehmer bereits durch Einreichung seines Antrags und unter Vorhalt seiner Annahme verpflichtet, und er kann daher nicht mehr einseitig zurücktreten und die Annahme der Polize verweigern. Andererseits dagegen wird die Verpflichtung der Gesellschaft davon abhängig gemacht, dass der Versicherungsnehmer im Augenblick, wo der Vertrag in Kraft treten soll, noch am Leben ist und dass die Prämienzahlung rechtzeitig erfolge. Unter der Bedingung, dass dies binnen einer bestimmten Frist geschehe, übernehmen ältere Gesellschaften die Haftbarkeit von demjenigen Augenblick an, von dem sie die Prämie berechnen.[7]) Andere, namentlich neuere Gesellschaften nehmen dagegen in die allgemeinen Versicherungsbedingungen Bestimmungen auf, wie: „Der Versicherungsvertrag wird erst durch die gehörig geleistete Prämienzahlung perfekt“ (Providentia), oder „tritt in Kraft durch die gegen Zahlung der ersten Prämie oder Prämienrate erfolgende Aushändigung der Polize und unter der Bedingung, dass die Person, auf deren Leben die Versicherung genommen wurde, bei Aushändigung der Polize noch lebe“ (Baseler Lebens-Versicherungsgesellschaft). „Mit dem Augenblick der ersten Prämienzahlung tritt auch die alsdann auszuliefernde Polize in Kraft und Gültigkeit“ (London Union). „Die Versicherung wird nur durch die gehörig geleistete Prämienzahlung gültig“ (Dresdener und Preuss. Feuerversicherungs-Aktiengesellschaft).

Die Schweizerische Rentenanstalt wird für die Versicherung haftbar, sobald der Versicherte die Eintrittsprämie bezahlt und die Polize empfangen hat.[8])

Diese Bestimmungen beziehen sich nur scheinbar auf die Perfektion des Vertrags, in Wirklichkeit beziehen sie sich auf seine Wirksamkeit, deren Anfang nicht nothwendig mit dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses zusammenfallen muss.[9])

Trotz des abgeschlossenen Vertrags tritt die Versicherung erst mit dem angegebenen Zeitpunkte ein. In der Regel werden in der Polize auch Tag und Stunde angegeben, von welchem an dieselbe in Wirksamkeit treten und bis zu welcher sie gültig bleiben soll, z. B. von 12 Uhr Mittags bis gleiche Zeit am nämlichen Tage des nämlichen Monats im folgenden Jahr. —

§ 417.

3. Versicherungsbedingungen.

Wir haben bereits im allgemeinen Theile den Karakter der Versicherungsbedingungen erörtert und es bleibt uns daher nur übrig, diejenigen zu berücksichtigen, welche sich vorzugsweise auf die **Lebensversicherung** beziehen.

---

[7]) Gotha § 58 u. 61. Stuttgart § 42. Hinrichs l. c. S. 403. Staudinger S. 133.

[8]) Ebenso Lübeck § 37. Baden, Allg. Versicherungsanstalt § 340.

[9]) Rouben de Couder, Dict. comm. I 756 Nr. 49. Hinrichs S. 403. Entsch. d. R.O.H.G. V 115 ff.; X 383 ff. Malss, Zeitschr. f. H.R. XIII S. 81 ff. Staudinger S. 134.

Der Vertrag wird von Seiten der Gesellschaft abgeschlossen auf Antrag des Versicherungsnehmers und gestützt auf eine Berechnung der Gefahren, welche nach dem ordentlichen Laufe der Dinge, dem Alter, Gesundheitszustande und Berufe des Antragstellers und den thatsächlichen Feststellungen desselben in den Deklarationen zu erwarten sind. Dem daherigen Risiko entsprechend wird die Gegenleistung festgestellt. Dabei ist die Gesellschaft in hohem Grade abhängig von den eigenen Angaben des Antragstellers und der Vertrag ruht daher mehr als alle andern auf dem guten Glauben, er ist, wie die Mehrzahl der englisch-amerikanischen Schriftsteller sich ausdrücken, uberrimae fidei; der Antragsteller ist daher verpflichtet, der Versicherungsgesellschaft jede Auskunft zu ertheilen, deren sie bedarf, um die Gefahr beurtheilen zu können, die sie übernehmen soll. Zu dem Behufe hat er die Fragen gewissenhaft zu beantworten, welche sie an ihn stellt, gleichgültig ob sie einen Bestandtheil des Fragebogens bilden oder nicht. Dieselben haben nicht, wie bei der Sachversicherung, die Feststellung des zu versichernden Objektes zum Zweck, sondern der Gesellschaft die Möglichkeit zu geben, sich ein annähernd sicheres Urtheil zu bilden über die Gefahren, welche sie mit Rücksicht auf das zu versichernde Leben übernimmt. Sie beziehen sich daher auf das Alter, die Gesundheitsumstände, die Lebensweise, die Beschäftigung des Betreffenden, auf seine Beziehungen zu andern Versicherungsgesellschaften, ob bereits versichert oder ohne Erfolg Anträge gestellt u. s. w. Auch die Frage, zu wessen Gunsten die Versicherung erfolgen solle oder aus wessen Mitteln die Prämien entrichtet werden, ist für die Gesellschaft von Interesse, weil Wettassekuranzen abgewiesen werden, und muss daher gewissenhaft beantwortet werden.[1])

Endlich muss sich der Antragsteller auch einer einmaligen, nicht einer periodischen ärztlichen Untersuchung unterziehen und dem Gesellschaftsarzte diejenige Auskunft ertheilen, welche er für nöthig erachtet.

Mit Bezug auf die **Folgen unrichtiger oder falscher Anzeigen** enthält Art. 813 des H.G.B. die Bestimmung, dass der Vertrag für den Versicherer unverbindlich sei, wenn von dem Versicherungsnehmer bei Abschluss desselben in Bezug auf einen erheblichen Umstand (Art. 810) eine unrichtige Anzeige gemacht worden sei. Diese Bestimmung kommt in der Regel zur Anwendung ohne Unterschied, ob dieselbe wissentlich oder aus Irrthum, ob sie mit oder ohne Verschulden unrichtig gemacht worden ist. Als **erheblich** werden nach Art. 810 diejenigen Umstände bezeichnet, welche für die Beurtheilung der vondem Versicherer zu tragenden Gefahr wichtig und daher geeignet sind, auf den Entschluss des Letzteren, sich auf den Vertrag überhaupt oder unter denselben Bedingungen einzulassen, Einfluss zu üben. Eine Ausnahme pflegt nur dann gemacht zu werden, wenn dem Versicherer die Unrichtigkeit der Anzeige bekannt war, eine Täuschung daher nicht stattgefunden hat. Dies wird aber nur angenommen im Falle wirklicher Wissenschaft des Versicherers[2]) — und nicht auch dann,

[1]) Zeitschr. f. H.R. XIX 290 ff.

[2]) l. c. § 1 D. 19, 9.

wenn er den wahren Sachverhalt mit geringerer oder grösserer Bestimmtheit vermuthete oder angenommen haben mag, oder aus eigener Nachforschung hätte in Erfahrung bringen können.[3])

Dass diese Bestimmung keine dem Seerecht eigenthümliche, sondern auf alle Arten von Versicherungen passend ist, haben wir schon früher nachgewiesen und verweisen daher auf S. 754.

§ 418.

4. Fragebogen.

Die Gesellschaft kann sich nicht selber von den Gesundheitsumständen, früheren Krankheiten, Gebrechen, von dem Lebwesen des Antragstellers u. s. w. überzeugen; ebensowenig kann sie mit dem Interesse vertraut sein, welches ihn veranlasst, einen Versicherungsvertrag zu stellen, noch kann sie wissen, ob er bereits versichert oder von einer andern Gesellschaft abgelehnt worden ist. Für alle diese Thatsachen ist sie an die Angaben des Antragstellers gebunden und darf daher von ihm fordern, dass er ihre Fragen der Wahrheit gemäss beantworte und keine wesentliche Thatsache absichtlich verschweige. Ertheilt er daher auf eine bestimmte Frage eine positive Antwort, so ist die Gesellschaft berechtigt, die behauptete Thatsache als wahr anzunehmen und den Antragsteller die Folgen tragen zu lassen, wenn sie unwahr ist. Will er sich dieselben nicht gefallen lassen, so braucht er nur seinen Angaben Beschränkungen beizufügen und es alsdann der Gesellschaft anheim zu stellen, ob sie den Antrag auf dieser Grundlage annehmen oder ablehnen wolle. Dagegen steht es ihm nicht frei, gestellte Fragen wegen angeblicher Unwesentlichkeit ihm bekannter Thatsachen unrichtig zu beantworten oder unbeantwortet zu lassen. denn nicht er, sondern die Gesellschaft hat zu beurtheilen, was für sie erheblich sei und was nicht, und wenn sie eine bestimmte Thatsache zum Gegenstand einer Frage gemacht hat, so liegt schon hierin der Beweis, dass sie dieselbe als eine erhebliche angesehen wissen will.[1])

Bei dem Mangel eines Gesetzes oder einer anerkannten Uebung muss der Vertragswille der Parteien als maassgebend erscheinen, somit die Polize und die allgemeinen Vertragsbedingungen, welche von ihnen als Grundlage des abgeschlossenen Vertrags anerkannt worden sind, insofern dieselben den positiven Bestimmungen der Gesetzgebung nicht widersprechen. Wenn daher der Vertragswille der Parteien dahin geht, dass an die unrichtige Beantwortung einer gestellten Frage die Hinfälligkeit der Polize geknüpft werden soll, so ist derselbe für das Rechtsverhältniss maassgebend, und das Gericht ist nicht befugt, diese Folge nur dann eintreten zu lassen, wenn die Beantwortung eine wissentlich falsche war. Nicht darauf kommt es an, aus welchen Gründen eine unwahre Thatsache behauptet oder eine wahre verschwiegen worden ist, sondern darauf,

[3]) Art. 812 H.G.B. und Kierulf, Entsch. II 36.
[1]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XIX 290.

ob die Thatsache wahr und dem Antragsteller bekannt gewesen ist.[2]) Das R.O.H.G. Entsch. XI 134 ging daher zu weit, wenn es annahm, es seien nur wissentlich unrichtige Angaben in Betracht zu ziehen, und es liess sich von angeblichen Billigkeitsgründen leiten, wo nur die Grundsätze des Rechts hätten zur Anwendung kommen sollen.[3])

Das Reichsgericht scheint dagegen in seinen Entscheidungen die Auffassungsweise wieder verlassen und dem Vertragswillen der Parteien das gebührende Recht einräumen zu wollen.[4])

Dass es bei Verschweigungen oder unrichtigen Angaben auch nicht auf den **Kausalzusammenhang** ankommt, es mithin gleichgültig ist, ob der Versicherungsfall eine Folge des verschwiegenen Umstandes war oder nicht, ist im Versicherungsrecht allgemein anerkannt und ergibt sich für die deutsche Praxis aus folgenden Entscheiden:

Für die Wahrheit einer gemachten Anzeige ist der Versicherte in Ansehung solcher Umstände, von welchen er selbst persönlich Wissenschaft haben musste, jedenfalls gehalten, gleichviel in welchem Sinne sie gemacht worden ist, wenn sie nur Einfluss haben konnte auf den Entschluss des Versicherers, z. B. in Ansehung der Prämie, und es ist dabei ganz gleichgültig, ob der angegebene Umstand mit dem erlittenen Unfall in Verbindung steht oder nicht.[5]) In einem spätern Urtheil vom Mai 1849 spricht sich das nämliche Gericht auch dahin aus, dass es keinen Unterschied mache, ob die Anzeige absichtlich oder aus Versehen unterblieben sei, sobald nur die verschwiegenen Umstände dem Versicherten bekannt waren.[6])

Derselbe Gerichtshof sagt in einem Erkenntniss vom 17. Juni 1850: Die Versicherung ist für den Versicherer unverbindlich, wenn dabei Umstände, die nach vernünftigem Ermessen von Einfluss auf die Schätzung der Gefahr sind, unrichtig angegeben wurden. Selbst dann, wenn dies im guten Glauben geschehen ist, z. B. wenn der Versicherte selbst, in Folge von Prämsumtionen und Konjekturen, einen gewissen Thatbestand für wichtig gehalten, jedoch nicht jene Präsumtionen und Konjekturen, sondern positiv den gedachten Thatbestand angegeben hat.[7])

Das R.O.H.G. bemerkt in seinem Urtheil vom 29. Januar 1875: „Dass, wenn der Kläger die Anzeigepflicht (Seeversicherung) verletzt hat, die Versicherung als unverbindlich behandelt werden muss, unterliegt nach § 31 der Bedingungen keinem Zweifel. Bestanden zu der Zeit, in welcher die Vertragsunterhandlung

[2]) Entsch. d. R.O.H.G. I 116; IX 65 ff.; XVII 24 ff.

[3]) C'est une tendance à laquelle doivent résister les tribunaux que celle qui consiste à rechercher si l'assuré, commettant une réticence, a été de bonne ou de mauvaise foi. Il s'agit de savoir non pas si le contractant, mais si le contrat est loyal. Droz, Traité des ass. marit. I 329.

[4]) Entsch. d. R.G. II S. 125; III 105.

[5]) Urtheil des O.A.G., Lübeck vom 24. Dezember 1852.

[6]) Malss, Zeitschr. f. V.R. II 408 und I 169.

[7]) Zeitschr. f. H.R. XIII S. 103.

stattfand, dem Versicherungsnehmer bekannte Umstände, welche geeignet waren, bei den Versicherern Besorgnisse wegen des zu versichernden Gegenstandes zu erregen, so macht die Nichtanzeige die geschlossene Versicherung schlechthin und selbst dann ungültig, wenn die Besorgnisse sich später als dem Erfolge nach unbegründet ausgewiesen haben. Die Annahme des Gegentheiles würde eine Verkennung des aleatorischen Karakters des Versicherungsvertrags enthalten."[8])

Nicht minder ist den beiden Vorinstanzen darin beizutreten, dass es für die Anwendung des § 31 cit. nicht entscheidend ist, ob die unrichtig angegebene oder verschwiegene Thatsache den vorzeitigen Tod des Versicherten hinterher wirklich herbeigeführt hat oder nicht. (Vgl. Entscheidung des R.O.H.G. IV 61.) Denn nicht dieser Kausalnexus, sondern die schuldvolle Verletzung der dem Versicherungsnehmer obliegenden Diligenz und der ganz besondern Rücksicht auf Treue und Glauben, welche sich Versicherungsnehmer und Geber gegenseitig schulden, ist der Grund, welcher die Versicherung bei unrichtiger Deklaration unverbindlich macht. Dies ergibt sich schon daraus, dass der § 13 cit. ganz allgemein von demjenigen spricht, was auf den Abschluss der Versicherung hätte von Einfluss sein **können**, d. h. also was mit Rücksicht auf den Inhalt der gestellten Fragen und nach vernünftigem Ermessen für die Beurtheilung der Grösse der zu übernehmenden Gefahr und für den Entschluss, die Versicherung (sei es nun überhaupt oder zu einer bestimmten Prämie) zu übernehmen, auf Seite des Versicherers hätte mitwirken **können**."[9])

Ganz verkehrt und ungerechtfertigt ist die Bestimmung des einstweilen auf die Seite gelegten schweizerischen Entwurfes in Art. 753 und 754, wonach bei eingetretenem Versicherungsfalle der Versicherungsvertrag wegen absichtlich oder fahrlässig falscher Beantwortung der gestellten Fragen nur dann aufgehoben werden kann, wenn der Eintritt des Versicherungsfalles in einem ursächlichen Zusammenhange mit dem unrichtig angegebenen bezw. verschwiegenen Thatumstande steht. Fehlt es an einem solchen ursächlichen Zusammenhange, so kann der Versicherer nur verlangen, dass die Prämie dem Sachverhalte entsprechend erhöht bezw. ein angemessener Abzug von der Versicherungssumme gemacht werde. Hiezu bemerkt das Vereinsblatt für deutsches Versicherungswesen mit vollem Recht, es seien in den Artikeln 753 bis 755 keine leitenden Rechtsgrundsätze zur Anwendung gekommen; die dort vorgeschriebenen Bestimmungen seien rein willkürliche und stehen mit allen anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen in unlösbarem Widerspruch. 5. Jahrg. Heft 8 u. 9. S. 341.

Ueber die **Behandlung dieser Fragen** herrscht in den Statuten der deutschen Versicherungsgesellschaften keine Uebereinstimmung, vielmehr gehen sowohl über die Frage, welche Unwahrheiten in Berücksichtigung gezogen werden dürfen, als auch über die Folgen derselben, die Bestimmungen derselben vielfach auseinander.

[8]) Entsch. d. R.O.H.G. XVI S. 61. Urtheil vom 26. April 1873.
[9]) Entsch. d. R.O.H.G. IX 286.

Die **schweizerische** Renten-Anstalt § 27, **Baseler** Sterbe- und Alterskasse Art. 36, Lebensversicherungs-Anstalt für **die Armee und Marine** (Berlin) verlangen **wissentlich falsche** Beantwortung.

Baseler Lebensversicherungs-Gesellschaft § 6 erklärt den Versicherungsvertrag für die Gesellschaft unverbindlich, wenn in den Deklarationen oder unter Mitwissen des Antragstellers oder der versicherten Person in den Attesten und Schriftstücken, auf Grund derer die Versicherung abgeschlossen wurde, unrichtige Angaben oder Erklärungen abgegeben sind, oder etwas verschwiegen ist, was auf den Entschluss der Gesellschaft, in den Versicherungsvertrag bedungenermassen sich einzulassen, hätte Einfluss haben können, gleichgültig, ob den unrichtigen Angaben Absicht oder Unkenntniss zu Grunde lag. Falsche Angaben oder Verschweigungen können nicht durch Mittheilungen entschuldigt werden, welche den Agenten oder einem Beamten der Gesellschaft mündlich gemacht sein sollten.

Providentia § 12: Wahrheitswidrige Angabe oder Verschweigen von für die Beurtheilung des gestellten Antrags wesentlichen Thatsachen.

Frankfurter Lebensversicherungs-Gesellschaft, Prospekt Nr. 1 Art. 10: Falsche Angaben in der Deklaration, die auf die Beurtheilung des Versicherungsvertrags einwirken, oder Verschweigen aufgestellter Fragen.

Lebensversicherungsbank **Gotha** § 67: Die Versicherung erlischt, wenn sich nach abgeschlossener Versicherung früher oder später finden sollte, dass derjenige, auf dessen Leben versichert worden ist, in der zum Behuf der Versicherung ausgestellten Deklaration irgend eine Unwahrheit angegeben oder auf die an ihn gerichteten Fragen wahrheitswidrig etwas verschwiegen hat, oder wenn sich in den eingereichten Zeugnissen falsche Angaben, die mit Vorwissen oder gar auf Veranlassung des Antragstellers geschehen sind, finden sollten. In diesem Falle geht jeder Anspruch nicht nur auf die Versicherungssumme, sondern auch auf die bereits eingezahlten Prämien und auf die Dividendenantheile verloren.

Gleiche Bestimmungen enthalten die Deutsche Versicherungsgesellschaft in **Lübeck** § 69; Lebensversicherungsanstalt der **bayerischen** Hypotheken- und Wechselbank in München § 34; die **Leipziger** Lebensversicherungsgesellschaft bedroht unrichtige im Versicherungsvertrag enthaltene Angaben oder wissentliche Verschweigung wesentlicher Thatsachen mit Verlust des Versicherungsrechts § 13; die Lebensversicherungs- und Ersparnissbank in **Stuttgart** § 49 setzt die nämliche Bestimmung fest wie Gotha, fügt aber noch bei: „kann aber der Versicherte glaubhaft machen, dass er sich entschuldbar geirrt und von der Unwahrheit der Angaben desselben keine Kenntniss gehabt habe, so wird ihm neben den rückständigen Dividenden, sofern sie nicht aus ermässigten Prämien herrühren, das volle Deckungskapital zurückvergütet.

Die allgemeine Versorgungsanstalt im Grossherzogthum **Baden** bedroht wahrheitswidrige Angaben oder Verschweigen von erheblichen Thatsachen § 35.

Oesterreich. Patria in Wien, die Polize fällt dahin, wenn die Aufnahme

durch wissentlich falsche Urkunden bewirkt, oder die vorgesetzten Fragen unwahr beantwortet oder sonst falsche Angaben gemacht worden sind, Art. 52.

Sehr weitgehende Bestimmungen enthalten die Statuten der Vesta (Posen), indem sie mit Bezug auf die rechnungsmässige Leitungsreserve nach drei Jahren die Unverfallbarkeit der Polize erklärt, so dass nach Ablauf dieser Zeit die Verpflichtung der Gesellschaft nicht mehr wegen wissentlich falscher Angaben, falscher Atteste, Nichtbezahlung von Prämien, Aenderung der Lebensweise, Selbstmord, Duell u. s. w. dahinfällt, § 12. —

Während die einen Statuten nachtheilige Folgen nur an wissentliche Täuschung durch unwahre Angaben oder Verschweigungen knüpfen, lassen dagegen andere sie schon dann eintreten, wenn die objektive unrichtige Thatsache erheblich oder die Verschweigung wissentlich geschehen ist. Letztere Bestimmung, welche mit Art. 813 des H. G. B. übereinstimmt, scheint auch die regelmässige zu sein und stimmt allein mit dem Wesen des Versicherungsvertrags überein.[10])

Wo die Statuten die Polize nur dann ungültig erklären, wenn die unrichtigen Angaben oder die Verschweigungen erheblicher Thatsachen auf ein Verschulden des Versicherten zurückzuführen sind, da haben die Gerichte zu untersuchen, ob ein solches angenommen werden müsse oder nicht. Die Beweislast, dass ein Verschulden vorhanden sei, trifft nicht die Gesellschaft, sondern der Kläger hat den Mangel eines Verschuldens, d. h. die Entschuldbarkeit der gemachten unrichtigen Angabe zu erweisen. Aus den oft vorkommenden Ausdrücken „wahrheitswidrig", „falsch", „unrichtig" darf jedoch nicht geschlossen werden, dass nur wissentlich unrichige Angaben in Berücksichtigung fallen, denn aus den Bestimmungen der Stuttgarter Lebensversicherungs- und Ersparnissbank erhellt, dass dieselben sich auch auf bloss objektive Unrichtigkeiten beziehen.[11])

Wo dagegen die Statuten schon an die objektive unrichtige Beantwortung der gestellten Fragen über erhebliche Thatsachen die Unwirksamkeit der Polize knüpfen, da haben auch die Gerichte dem Vertragswillen gemäss zu entscheiden und nur zu untersuchen, ob die unrichtige Angabe eine erhebliche war oder nicht, d. h. ob die betreffende Thatsache bei Abschluss des Versicherungsvertrags auf den Entschluss der Gesellschaft von Einfluss sein konnte oder nicht.

§ 419.

D. Unrichtige Angaben.[1])

Die unrichtige Angabe muss eine erhebliche oder die Verschweigung eine wissentliche sein.

Erheblich ist jede Angabe, welche auf die Beurtheilung des Versicherungsvertrags Einfluss haben kann, somit bei Abschluss des Vertrags oder Festsetzung

[10]) Kierulff, Entsch. I 35.

[11]) A. M. Urtheil des O.R.G. v. Dresden bei Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XIX 292. Seufferts Arch. XXIV 273.

[1]) Mit Bezug auf die Stellung der Agenten vgl. § 407.

der Prämie in Berücksichtigung zu ziehen war. Ob dies der Fall sei oder nicht, ist eine quaestio facti, welche im einzelnen Falle untersucht und von den Gerichten entschieden werden muss.[2])

Als solche erhebliche Thatsachen nun werden in dem Fragebogen namentlich hervorgehoben:

Das **Alter** des Versicherungsnehmers, weil dasselbe Einfluss haben kann auf den Abschluss des Vertrags oder auf die Prämie. Einzelne Gesellschaften nehmen vor oder nach Erreichung eines gewissen Alters keine Versicherungen an und von Allen wird die Höhe der jährlichen Prämie wesentlich durch das Alter bedingt. Eine falsche Angabe hinsichtlich desselben entkräftet daher die Polize oder macht den Vertrag ungültig. Clunet, Journal de droit intern. 1876. S. 200. Crawley S. 135.

Die **Gesundheit.** Die Gesellschaft hat ein Interesse, über den Gesundheitszustand des Versicherungsnehmers vollkommene Gewissheit zu erlangen, und ist hiefür theils an die Zeugnisse des Hausarztes und des Gesellschaftsarztes, theils aber und hauptsächlich an die Erklärungen des Versicherungsnehmers selbst gewiesen. Die Fragen der Gesellschaft pflegen denn auch über diesen Punkt sehr ausführlich zu sein und sich keineswegs auf den gegenwärtigen Gesundheitszustand des Betreffenden zu beziehen, sondern auch auf überstandene Krankheiten, allfällige Folgen, ärztliche Behandlung, Gesundheit der Eltern, allfällige erbliche Krankheiten u. s. w. zu erstrecken. —

Es versteht sich dabei wohl von selbst, dass, obwohl eine pedantische Beantwortung solcher Fragen nicht verlangt werden kann, doch kein Umstand verheimlicht werden darf, welcher auf die Beurtheilung des allgemeinen Gesundheitszustandes von Einfluss sein kann.

Geringfügiges Unwohlsein, welches auch im gewöhnlichen Leben nicht als Krankheit bezeichnet zu werden pflegt, kommt nicht in Betracht, wohl aber sind ernstere Krankheiten und erhebliche Gesundheitsstörungen anzuzeigen.[3])

Was eine ernstere Krankheit, maladie grave, a serious illness — sei, kann zweifelhaft sein. Die amerikanischen Gerichtshöfe nehmen an, eine solche sei nicht schon dann vorhanden, wenn die Krankheit seiner Zeit einen gefährlichen Karakter gehabt habe, sondern erst dann, wenn die Krankheit in ihren Folgen von nachtheiligem Einfluss auf die Gesundheit des Deklaranten gewesen sei. Die Nichtangabe einer Krankheit, welche ohne jegliche nachtheilige Folge vorübergegangen sei, könne daher nicht als eine Verheimlichung angesehen werden, welche die Gesellschaft von ihrer Verpflichtung befreie. Es hängt dies zusammen mit der dortigen Fragestellung, whether the person to be insured has had any serious illness, or any disease **tending to shorten Life.**[4])

---

[2]) Das System der sog. warranties, wobei eine unrichtige Angabe, auch wenn sie noch so unerheblich ist, eine Police hinfällig macht, kennt das deutsche Recht nicht.

[3]) Couteau II 143. Malss, Zeitschr. f. V.R. II 186. Bliss p. 153. Crawley S. 38 ff. Entsch. d. O.H.G. XI S. 153.

[4]) Bliss p. 150 ff., 156 ff. Crawley S. 38. Couteau II 149 Not.

Die Fragebogen der deutschen Gesellschaften würden eine solche Auffassung kaum rechtfertigen, weil in denselben nur nach dem Vorhandensein und keineswegs nach den muthmasslichen Wirkungen der Krankheit gefragt wird. Ist die frühere Krankheit konstatirt, so hat die Gesellschaft Gelegenheit, sich über die Wirkungen derselben zu erkundigen und sich ein eigenes Urtheil zu bilden, was nicht möglich ist, wenn der Versicherungsnehmer die Thatsache verschweigt, weil die Krankheit keine bleibenden Folgen zurückgelassen habe. Er kann dies um so weniger beurtheilen, als eine frühere Krankheit vielleicht nur für eine spätere disponirt hat.

Ein Versicherter hatte auf die Fragen, betreffend seinen Gesundheitszustand, die migränenartige Beschaffenheit seines Kopfwehs und dessen letzte Behandlung nicht nur verschwiegen, sondern das in Rede stehende Uebel auf Grund jener Fragen auch positiv als ein ganz leichtes, unbedeutendes bezeichnet. Die Rechtsfakultät Halle erkannte mit Recht, es seien diese Angaben weit entfernt, ein Bild von dem Uebel nach seiner wirklichen Beschaffenheit zu geben und es sei daher eine Verschweigung vorhanden, welche den Versicherungsvertrag annullire.[5])

Ein Versicherungsnehmer hatte auf die Frage, woran sein Bruder gestorben sei, zur Antwort gegeben: unbekannt. Das O.A.G. von Lübeck hat angenommen, die Polize werde annullirt, wenn der Versicherte gewusst habe, dass sein Bruder an der Schwindsucht gestorben sei, ohne Rücksicht darauf, ob die Verschweigung eine absichtliche gewesen sei. Die Motive bemerken dabei, der Umstand, dass ein Bruder des Versicherten an der Schwindsucht gestorben sei, musste nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als eine Thatsache angesehen werden, welche auf den Abschluss der Versicherung von Einfluss sein konnte. Denn die Schwindsucht pflege als eine Krankheit betrachtet zu werden, welche oftmals vererbt werde, und die Beispiele seien nicht selten, dass, wenn ein Familienglied an der Schwindsucht gestorben sei, die übrigen in gleicher Weise nachfolgen.

Eine absichtliche Verschweigung, fahren die Motive fort, würde das klare Bewusstsein des Versicherten bei Fassung der Deklaration, der Versicherer werde im Fall der Kunde des verschwiegenen Umstandes die Versicherung nicht eingehen und den Willen, die Gesellschaft durch die Verschweigung zur Eingehung des Vertrages zu veranlassen, voraussetzen. Ein derartiger dolus vernichtet natürlich die Versicherung, sein Beweis würde aber nur dann gefordert werden können, wenn die Versicherungsbedingungen ihn verlangen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Nicht die Absicht des Versichernden, sondern nur die genügende Beantwortung der in der Deklaration enthaltenen Frage ist es, an welche die Gültigkeit des Vertragsabschlusses geknüpft ist. Fehlt es also hieran, so kommt darauf, welche Absicht der Versicherte gehabt habe, nichts weiter an.[6])

Auch die französischen Fragebogen beziehen sich nur auf die Existenz

---

[5]) Malss, Zeitschr. f. V.R. I 158.

[6]) Entsch. f. H.R. XII 547 ff., XVI 268.

einer früheren Krankheit und nicht auf ihre Wirkungen, und aus einer Reihe von Urtheilen [7]) geht übereinstimmend hervor, dass die Verheimlichung einer früheren Krankheit, auch wenn sich der Deklarant ihrer Schwere nicht bewusst war, die Versicherung immer vernichtet, wenn ihre Kenntniss auf den Entschluss der Gesellschaft hätte einwirken können.[8])

Zu den Krankheiten, welche der Versicherungsgesellschaft mitgetheilt werden müssen, gehören nicht nur körperliche, sondern auch Geistesstörungen, auch wenn dieselben nur vorübergehende sind.[9])

Die meisten Gesellschaften begnügen sich nicht damit, allgemeine Fragen zu stellen, betreffend den Gesundheitszustand des Antragstellers, sondern zählen eine Menge von Krankheiten und körperliche Beschwerden auf, von denen der Antragsteller zu erklären hat, ob er an ihnen gelitten habe oder nicht. Eine unrichtige Beantwortung einer so gestellten Frage muss als eine unrichtige Angabe oder Verheimlichung einer erheblichen Thatsache angesehen werden.[10])

Ueberdies veranlassen die Gesellschaften auch die Hausärzte des Antragstellers zur Abgabe eines Befundes und lassen ihn überdies durch ihre eigenen Aerzte untersuchen, um sich von ihnen nach genauem Fragebogen ein Gutachten erstatten zu lassen. Mit Bezug auf das Zeugniss, welches der Arzt des Antragstellers ausstellt, macht ein bei Malss, Zeitschr. f. V.R. II 199 mitgetheiltes Urtheil den letzteren für allfällige Unrichtigkeiten oder Verheimlichungen des Arztes verantwortlich; der Grund für diese Strenge liegt in der Furcht vor Kollusionen.[11])

Wenn dagegen der Hausarzt oder der Gesellschaftsarzt in ihren Berichten den Gesundheitszustand des Antragstellers korrekt darstellen, so kann sich die Gesellschaft von ihren Verpflichtungen nicht befreien durch Berufung auf allfällige Verheimlichung oder unrichtige Beantwortung der gestellten Fragen von Seiten des Versicherungsnehmers, denn sie war trotzdem in der Lage, mit vollkommener Sachkenntniss den Vertrag abzuschliessen und einen allfälligen Irrthum muss sie auf eigene Rechnung schreiben. —

---

[7]) 22. Juli 1880; 17. Febr. 1881; 1. April 1881; 25. Juni 1881; 19. April 1882.

[8]) Jurisprudence générale III 254; II 631; III 273, 277, 255.

[9]) Scratchley, Decisions S. 95. — Fälle von Verschweigungen. Epileptische Anfälle, Couteau II 1414. France Judiciaire 1877—1878, 2me Partie ff. 409 ff., frühere Pleuresie Couteau II 142. Verschweigen der migraineartigen Beschaffenheit des Kopfwehs, Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XIII 138. Schmerzliches Unterleibsleiden, Malss, Zeitschr. f. V. II 163. Verschiedene Krankheiten in letzter Zeit u. s. w. S. 275 Bliss p. 161. Anfang von delirium tremens in Folge übermässigen Punschgenusses 9 Jahre vor dem Versicherungsantrag ibid. S. 290. Blutspeien, Bliss S. 164. Crawley S. 38. Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. III 193. Dagegen nahm der Richter Chamber an, Verschweigen von Verdauungsbeschwerden sei unerheblich mit der Motivirung. All disorders have more or less a tendency to shorten life, even the most trifling, as for instance, corns may end in a mortification, that is not the meaning of the clause; it dyspepsia were a disorder that tended to shorten life within this exception the lifes of half the members of the profession of law would be uninsurable. Bliss p. 151.

[10]) Malss, Betr. Nr. 85. Fragebogen der London-Union-Assekuranz-Societät.

[11]) Malss, Zeitschr. f. H.R. XIII 131 ff.

Lebensweise des Antragstellers. Die daherigen Fragen beziehen sich sowohl auf die Gewohnheiten und die Lebensweise des Antragstellers als auf dessen ordentliche Beschäftigung. Die Sterblichkeit ist bei den verschiedenen Berufsarten eine sehr verschiedene und es sind daher dieselben bei Abschluss des Versicherungsvertrags in Berücksichtigung zu ziehen.[12])

Namentlich hat die Gesellschaft ein wesentliches Interesse, zu wissen, ob der Antragsteller sich dem Genuss geistiger Getränke hingebe oder nicht, und die Versicherung eines mässigen Lebenswandels zieht jeweilen den Verlust der Versicherungssumme nach sich, wenn später nachgewiesen werden kann, dass der Versicherte sich einem ausschweifenden, liederlichen Leben oder dem Trunke in einem Grade hingegeben hat, dass es nachtheilig auf seine Konstitution hat einwirken können. Ebenso die verheimlichte Gewohnheit, Opium zu essen.[13])

Soweit es sich hier um bestimmte Thatsachen handelt, kann die Gesellschaft volle Wahrheit verlangen, soweit dagegen Umstände in Frage stehen, deren Beurtheilung von dem Antragsteller gefordert wird, muss sie sich mit der Wahrhaftigkeit desselben begnügen, er darf nicht wider besseres Wissen unrichtige Angaben machen.[14])

Anderweitige Versicherung. Eine Gesellschaft verweigert die Versicherung nicht ohne Grund und die Thatsache, dass ein Antragsteller bereits bei einer andern Gesellschaft versichert sei und ob zu den gewöhnlichen Bedingungen oder gegen erhöhte Prämien, oder ob er abgewiesen worden sei, ist daher für sie eine erhebliche. Einer Abweisung gleich wird auch die Ablehnung einer Erneuerung oder einer Erhöhung der Polize behandelt.[15])

Durch eine falsche Beantwortung dieser Frage wird der Gesellschaft die Möglichkeit einer genauen Untersuchung entzogen. Wird dagegen die Ablehnung oder fruchtlose Bewerbung angezeigt, so kann sich die Gesellschaft an die ablehnende wenden und den Gründen der Abweisung nachforschen. Auf die richtige Beantwortung dieser Frage wird daher überall das grösste Gewicht gelegt.[16])

Auch die französische Jurisprudenz hat konsequent an eine falsche Beantwortung dieser Frage die Verwirkung der Versicherungssumme geknüpft.[17])

---

[12]) Seufferts Arch. XXVIII S. 274.

[13]) Zeitschr. f. H.R. III 193. Bliss l. c. p. 182.

[14]) Hinrichs l. c. S. 396 ff. — Bunyon sagt: Unmässigkeit im Genusse geistiger Getränke müsse angezeigt werden, auch wenn keine sachbezügliche Frage gestellt worden sei; l. c. p. 45. Bliss p. 180 Not. 6.

[15]) Malss, Zeitschr. f. V.R. V 125. Zeitschr. f. H.R. XIX S. 293, 295.

[16]) Crawley, The Law of Life Insurance S. 40. Sansum, A digest of the Law of Insurance, Chicago 1876, S. 260.

[17]) Cour de Rouen, 17 Février 1859: Le contrat d'assurance sur la vie est annuable et peut être annullé pendant la vie de l'assuré, pour réticence et dissimulation de nature à diminuer l'opinion du risque, et notamment s'il n'a pas été déclaré à l'assureur que des tentatives antérieurement faites pour obtenir la même assurance près de deux autres compagnies avaient été repoussées. Jurispr. générale II 213.

Tribunal de Strasbourg, 1 Mars 1875. L'assuré qui a faussement déclaré

Oft begnügen sich Gesellschaften, Anträge, auf welche sie nicht eintreten wollen, unbeantwortet zu lassen, wodurch der Antragsteller in Zweifel gelassen wird, ob sein Antrag berücksichtigt werde oder nicht. Wenn er sich in Folge dessen an eine andere Gesellschaft wendet, so glaubt er, oder überredet sich wenigstens, die Frage, ob er abgewiesen worden sei, verneinen zu dürfen. Mit Unrecht, denn einer Abweisung gleich zu achten ist eine Anmeldung ohne Erfolg und es muss daher eine solche stets mitgetheilt werden. Um jedoch allfällige Zweifel nicht aufkommen zu lassen, wird oft nicht gefragt, ob der Betreffende abgewiesen worden sei, sondern ob er sich ohne Erfolg an eine andere Gesellschaft gewendet habe.[18])

Durch die genaue Beantwortung der Fragen über den Gesundheitszustand des Versicherungsnehmers erhält die Gesellschaft genaue Kenntniss von der Gefahr, welche sie vertragsmässig übernimmt, und jeder wesentliche Irrthum mit Beziehung auf die Verhältnisse ist ein Irrthum über den Inhalt des Vertrags, welcher entweder die Nichtigkeit oder, je nach der getroffenen Vereinbarung, die Anfechtbarkeit desselben begründet. Der Verein deutscher Lebensversicherungsgesellschaften hat daher über diese Anzeigepflicht und die Folgen ihrer Verletzung folgende Bestimmungen in die allgemeinen Bedingungen aufgenommen: „Für die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben und Erklärungen ist der Versicherungsnehmer allein verantwortlich, auch wenn jene von einem Vertreter der Gesellschaft oder sonst einem Dritten niedergeschrieben sind. Mündliche oder schriftliche Erklärungen, welche der Versicherte oder Versicherungsnehmer neben den vorstehend erwähnten Anträgen oder ausserhalb derselben einem Vertreter der Gesellschaft oder andern Personen abgegeben haben, sind für den Versicherungsvertrag ohne rechtliche Bedeutung und dürfen niemals gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden. Auch soll gegen die Gesellschaft niemals der Einwand erhoben werden dürfen, dass sie weitere Erkundigungen über die Gesundheits- oder sonstigen Verhältnisse des Versicherungs-

lors de la signature de la police, qu'antérieurement aucune proposition d'assurance ne lui avait été refusée par une autre compagnie, et qu'il avait toujours été en bonne santé, commet une réticence de nature à modifier l'opinion de la compagnie sur le risque et qui entraine la nullité du contrat. Jurispr. générale III 197.

[18]) Cour de Paris 5 Juillet 1878. Attendu que V. ayant demandé à la compagnie d'assurances générales d'assurer une somme de fr. 10,000 sur sa tête, cette compagnie, d'après l'examen des pièces, notamment du certificat du docteur Pucelle, écrivait le 7 Oct. 1874 de Paris à son agent à Lille, qu'elle ne pouvait donner suite à cette proposition, le risque ne paraissant pas offrir toutes les garanties désirables et que D. après avoir pris note du refus, annonçait dans le même mois à Villain que l'affaire était ajournée et qu'ils en reparleraient dans un an; attendu que Villain malgré les ménagements employés dans la forme ne s'est pas mépris au fond sur les causes et le caractère de cette non acceptation par la compagnie surnommée, qu'en effet, loin d'attendre l'expiration du délai, il a contracté dans les deux mois qui ont suivi avec la Cie l'Urbaine, sans l'avertir du rejet de ses propositions par la Cie d'assurances générales deux assurances sur la vie formant un total de 50,000 francs puis deux assurances montant à 40,000 francs avec la Comp. le Monde etc. Jurisp. générale II 577.

nehmers oder des Versicherten hätte einziehen sollen, dies aber unterlassen habe." § 1 al. 2 und § 8 fügt dann hinzu: „Dieser Versicherungsvertrag ist für die Gesellschaft unverbindlich mit der Wirkung, dass ihr alle bezahlten Prämien verfallen sind: wenn in den Deklarationen oder sonstigen Schriftstücken oder Erklärungen, auf Grund deren die Versicherung abgeschlossen oder umgeschrieben oder nach dem Erlöschen wieder in Kraft gesetzt wurde, unrichtige Angaben oder Erklärungen erfolgt oder Thatsachen nicht angegeben sind, welche nach dem Ermessen Sachverständiger auf den Entschluss der Gesellschaft, in den Versicherungsvertrag bedungenermaassen sich einzulassen, hätten Einfluss haben können. Diese Vorschriften kommen zur Anwendung ohne Unterschied, ob die unrichtigen Angaben oder Erklärungen, oder die nicht erfolgte Angabe von Thatsachen wissentlich oder aus Irrthum, ob sie mit oder ohne Verschulden bewirkt sind. Ueberzeugt sich die Direktion der Gesellschaft durch die von dem Versicherungsnehmer zu erbringenden Beweise, dass nur unverschuldeter Irrthum die unrichtige Angabe resp. Verschweigung veranlasst hat, so wird sie die volle Prämienreserve (§ 7) zurückgeben, vorausgesetzt, dass dies innerhalb drei Monaten nach der Aufhebung der Versicherung beantragt wird. Hat die Versicherung bereits länger als fünf Jahre ohne Unterbrechung in Kraft gestanden, so wird die Gesellschaft die vorstehend festgestellten Folgen unrichtiger Angaben oder Erklärungen resp. der nicht erfolgten Angabe von Thatsachen nur dann noch geltend machen, wenn sie selber den Nachweis führen kann, dass böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit bei den unrichtigen Angaben resp. Verschweigungen vorlag, ausgenommen die beiden Fälle, wenn die unrichtige Angabe oder Verschweigung einen Antrag auf Versicherung des Lebens des Versicherten, welcher vor dem an die Gesellschaft gerichteten Antrage bei einer andern Lebensversicherungs-Gesellschaft gestellt worden war, oder einen Arzt betraf, welcher den Versicherten in den letzten zehn Jahren vor Stellung des Antrags bei der Gesellschaft behandelt oder berathen hatte. In den beiden letzterwähnten Fällen ist die Versicherung ohne Rücksicht auf die Dauer derselben und unbedingt für die Gesellschaft unverbindlich und die bezahlten Prämien sind ihr verfallen."

E. Verpflichtungen.

§ 420.

1. Des Versicherten.

Nach den Statuten einzelner Gesellschaften wird der Versicherungsnehmer durch Einreichung seines Antrags verpflichtet; enthalten dieselben eine solche Vorschrift, so ist ein einseitiger Rücktritt nicht mehr zulässig und kann die Annahme der Polize unter Verweigerung der Zahlung nicht mehr abgelehnt werden, sondern es muss der Antragsteller wenigstens die erste Jahresprämie oder einen Theil derselben zahlen.[1])

[1]) Schweiz. Rentenanstalt. Statuten § 17. Lübeck, d. V.G. § 78. Berliner L.V.G.

Die Gesellschaft kann wegen Nichtzahlung der ersten Prämie entweder die Polize kassiren oder den Betrag eintreiben.[2])

Französische Gesellschaftsstatuten enthalten die Bestimmung: „Les primes sont payables d'avance, la première prime doit être payée comptant, l'assurance ne prend cours qu'après le paiement de cette prime qui est obligatoire.“ [3]) Andere enthalten diese Bestimmung nicht und es ist daher eine quaestio facti, ob die Zahlung der ersten Prämie fakultativ oder obligatorisch sei.[4])

Wohl die meisten Statuten gestatten eine Frist, binnen welcher die Prämie noch gültig bezahlt werden kann, und knüpfen den Verlust der Polize nur an die Nichtbenutzung derselben. **Vesta**, § 7: Lässt eine Kaution hinterlegen für die Versicherungskosten; **Providentia** § 6, verlangt Zahlung der erwachsenen Kosten § 1; **Frankfurter** Lebensversicherungs-Gesellschaft Art. 1: Polizen fallen dahin, wenn binnen 14 Tagen die Prämie nicht bezahlt ist; **Baseler** Lebensversicherungs-Gesellschaft, allgemeine Versicherungsbedingungen § 2: Die Polize fällt dahin, wenn binnen 30 Tagen keine Zahlung erfolgt. — Das **englische** Recht gestattet eine Gnadenfrist von 30 Tagen, während nach amerikanischem Recht die Polize kassirt werden kann, wenn die Prämie nicht am Verfalltage bezahlt wird.

Abgesehen von der Prämie des ersten Jahres entsteht für den Versicherten aus dem Vertrag die Verpflichtung jeweilen die jährliche Prämie rechtzeitig zu bezahlen. Die französischen Statuten enthalten nun ziemlich allgemein die Bestimmung, dass die Zahlung der Prämie fakultativ sei, und es daher dem Versicherten vollkommen frei stehe, durch einfache Nichtzahlung sein Verhältniss zur Gesellschaft zu lösen: Couteau begründet dieses Recht damit, dass der Vertrag jeweilen nur für ein Jahr abgeschlossen werde, mit dem Rechte des Versicherten denselben durch rechtzeitige Bezahlung der Prämie zu erneuern.[5])

Enthalten dagegen die Statuten eine solche Bestimmung nicht, so muss es nach Art. 1184 C. c. der Gesellschaft freistehen, vom Vertrage zurückzutreten oder auf Erfüllung desselben zu klagen.[6])

Auch in Deutschland wird von angesehenen Schriftstellern, gestützt auf die Versicherungspraxis, behauptet, es stehe dem Versicherten jederzeit frei, einen auf Lebenszeit abgeschlossenen Versicherungsvertrag durch ausdrückliche Erklärung oder Prämienverweigerung einseitig zu lösen.[7])

Dass dieses Recht von den meisten Gesellschaften anerkannt wird, kann nicht bestritten werden, allein von selbst versteht es sich nicht, namentlich dann nicht, wenn man den Vertrag weder als einen Sparvertrag auffasst, noch

---

[2]) § 9 Stuttgarter L.V. & Ersp.-Bank § 44. Der Antragsteller hat den 4. Theil der Jahresprämie und die Versicherungskosten zu bezahlen. Hinrichs l. c. S. 362.

[3]) Couteau II. 158. Repertoire générale du Journal des assurances par Badon-Pascal p. 118.

[4]) Herbault l. c. p. 169.

[5]) Couteau II 167.

[6]) Herbault S. 158.

[7]) Hinrichs l. c. S. 361 u. 410. Lübeck § 39.

in eine Reihe einzelner Verträge auflöst. So wenig allgemein anerkannt ist, dass die Versicherungsgesellschaft einseitig und willkürlich durch Nichtannahme der Prämien von dem Vertrag zurücktreten dürfe, so wenig kann dieses Recht dem Versicherten zugestanden werden, wenn ihm die Statuten dasselbe nicht ausdrücklich einräumen, wie es regelmässig zu geschehen pflegt.[8]) Das R.O.H.G. Bd. III 80, IX 378 und das R.G. III 107 gehen sachte über die Frage hinweg, ohne sie zu entscheiden, oder ihre Ansicht auszusprechen.

Die Prämie ist am Verfalltage zu bezahlen: Ebensowenig versteht es sich von selbst, dass als Folge der Nichtzahlung der Prämie am Verfalltag der Verlust des Anspruches auf die Versicherungssumme eintrete. Vielmehr würde aus der Natur des Geschäftes nur ein Klagrecht auf Bezahlung folgen. Die angegebene Folge kann daher nur dann eintreten, wenn sie in den allgemeinen Versicherungsbedingungen angedroht und daher zu einer Vertragsbedingung gemacht worden ist. Dies geschieht in der Regel für den Fall, dass binnen der Respektfrist die Zahlung nicht geleistet worden ist. Es dauert daher die Versicherung fort und kann die Prämie bis zu Ende der Frist von dem Versicherungsnehmer oder seinem Nachfolger gültig und wirksam geleistet werden. Dagegen tritt eine nachtheilige Folge dann nicht ein, wenn die Gesellschaft selbst die rechtzeitige Zahlung verhindert oder unmöglich gemacht hat.[9])

Ob eine Versäumniss des Schuldners nur dann angenommen werden könne, wenn denselben ein Verschulden trifft, wird in den Statuten, bald im bejahenden, bald im verneinenden Sinne entschieden. Die Praxis des R.O.H.G. neigt jedoch dahin nur an eine schuldbare Verzögerung, den Verlust des Anspruches zu knüpfen und nicht schon an die nackte Thatsache der unterlassenen rechtzeitigen Prämienzahlung.[10])

Dies kann für alle Fälle gelten, wo die Statuten nicht das Gegentheil sagen, wo sie aber an die nackte Thatsache der unterlassenen rechtzeitigen Prämienzahlung den Verlust des Anspruches knüpfen, kann die Frage des Verschuldens nicht in Betracht kommen.

Auch die **englischen** Polizen enthalten in der Regel eine Respektfrist „the 30 days grace“ genannt, wodurch die Polize vor Ablauf der 30 Tage nicht hinfällig wird, auch wenn der Versicherte inzwischen sterben sollte. Indessen ist dies nicht allgemeine Regel, sondern es kommt jeweilen auf den Wortlaut der Polizebedingungen an, welche von den Gerichten strikt ausgelegt zu werden pflegen.[11])

[8]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XXIII 368.

[9]) Entsch. d. R.G. I 196. Malss, Zeitschr. f. H.R. VI 368.

[10]) Entsch. d. R.O.H.G. IX Nr. 107 u. 108.

[11]) Dadurch erklärt sich auch der von Malss, Zeitschr. f. H.R. VI 371 unrichtig erklärte Fall Want v. Blunt (12, East 183,) Bunyon p. 64. Phillips I S. 51 u. 495. Addisson, On the Law of contracts S. 744. Crawley p. 49. Die Polizebedingung enthielt folgende Bestimmung dass: If any (member) neglected to pay up the quarterly premiums for fifteen days after they were due, the policy was to be void, unless the member (continuing in as good health as when the policy expired) should pay up

Aehnliche Bestimmungen enthalten die schw. R.A. Prospekt Art. 10; Providentia § 10; L.V.A. für Armee und Marine (Berlin § 19) und andere. —

Die französischen Polizen stellen ganz allgemein die Fortsetzung der Prämienzahlung dem Belieben des Versicherten anheim, eine Inverzugsetzung findet daher nicht statt, sondern es wird angenommen, eine Erneuerung habe nicht in der Absicht des Versicherungsnehmers gelegen und daher die Versicherung als dahin gefallen erklärt, wenn am Verfalltag die Prämie nicht berichtigt worden ist, da es einer Mahnung nicht bedarf, so wird ein Urtheil kassirt, welches die Gesellschaft wegen unterlassener Mahnung verurtheilt hatte.[12])

§ 421.

2. Bringschuld und Holschuld.

Die Prämie ist nach den meisten Statuten und nach Art. 325 des H.G.B. dem Gläubiger, an seinen Wohnort zu bringen, somit an die Gesellschaftskasse, oder dem dazu bestimmten Agenten zu bezahlen. Die Schuld ist eine Bringschuld und nicht eine Holschuld. Damit übereinstimmende Bestimmungen werden beinahe in alle Statuten aufgenommen, und der Versicherte verpflichtet nach Maassgabe derselben Zahlung zu leisten. Ausländische Gesellschaften sind in der Regel durch die Konzession verpflichtet, ein Domizil zu verzeigen, an welchem die Zahlungen geleistet werden können. Eine Mahnung ist gesetzlich nicht erforderlich und die Gesellschaften pflegen in ihren Statuten jede Verpflichtung, Mahnbriefe zu erlassen oder die Prämie einzufordern abzulehnen, und anzuerkennen die Unterlassung einer Mahnung nicht als Entschuldigung für

---

within six months then next, all arrears, together with five shillings for every month elapsed after such premium became due". Der Versicherte soll vierteljährlich an ferner bestimmten Tagen die Prämien zahlen: „or within such time after those days repectively as was or should be allowed for that purpose by the rules of the society; and if he would pay his proportion of the moneys which the members should, during his life, be called on to contribute, according to the rules towards making good any deficiency of the funds of the society to answer the claims upon it," (Phillips I 51) unter diesen Bedingungen verpflichtete sich die Gesellschaft der allfällig überlebenden Wittwe eine Jahresrente zu zahlen. Die Prämie verfiel am 20. Dezember 1808, den 25. Dezember starb Want ohne dieselbe bezahlt zu haben, und am 27. wurde sie von den Testamentsexekutoren angeboten. Unter diesen Umständen und Bedingungen musste der Entscheid Lord Ellenboroughs gegen die Wittwe ausfallen, und da Want erst am 25. Dezember 1808 starb, so kann die Entscheidung Lord Ellenboroughs nicht vom 6. Juni 1796 datiren, wie Malss, Zeitschr. f. H.R. VI 371, angibt; eine Erklärung der meisten englischen Gesellschaften konnte sie ferner schon desshalb nicht hervorrufen, weil sie keine grundsätzliche war, sondern nur die Anwendung der Statuten einer einzelnen Gesellschaft auf einen besonderen Fall enthielt. Entscheidungen im gleichen Sinne werden überdiess von den citirten englischen Schriftstellern in Menge angeführt.

[12]) Semaine judiciaire (Genève) 1881 S. 494. Molineau, Jurispr. des ass. sur la vie S. 175 ff. La France judiciaire 1879—1880 II^me Partie S. 115—151. Merger Nr. 183. Couteau II 166. Entsch. d. R.O.H.G. IX 378.

eine verspätete Zahlung. Schweiz, R.A. § 4, Stuttgart § 44, Leipzig § 6, London Union § 20.

Oder sie erklären zwar die Polize für dahingefallen, gestatten aber ein Wiederaufleben binnen drei Monaten gestützt auf neue Deklaration und neue ärztliche Atteste. **Providentia § 10.**

Die Lübecker L.V.G. gestattet eine Respektfrist von 30 Tagen, in dem Sinne, dass wenn der Versicherte binnen derselben stirbt, ohne die Prämie bezahlt zu haben, die Versicherung dann nicht erlischt, wenn er oder derjenige, welcher sich im Besitze der Polize befindet, spätestens am Verfalltage dem Agenten persönlich die Anzeige gemacht hat, dass er für dieses Mal von der 30tägigen Frist Gebrauch machen und jedenfalls die Prämie zahlen wolle § 41. Diesen Bestimmungen der Polizen gegenüber, welche als Vertragsbedingungen von den Parteien anerkannt worden sind, kommen Zusicherungen von Agenten, welche keine Vollmacht haben die Gesellschaft zu verpflichten, die Prämie abholen zu wollen, nicht in Betracht, und da hierüber Zweifel entstanden sind, so haben einzelne Gesellschaften in die Statuten die Bestimmungen aufgenommen, dass Vereinbarungen mit Agenten, dass die Beiträge abgeholt oder Mahnungen erlassen werden sollen, ihr gegenüber keine Gültigkeit haben, sowie, dass Stundungen der Agenten oder Kreditirung des Betrages von Seiten derselben [1]) unverbindlich seien.

Ebensowenig kann der Agent durch Annahme der Prämie nach Ablauf des Verfalltages oder der Respektfrist, die Gesellschaft verpflichten, denn sie allein hat darüber zu entscheiden, ob die Versicherung in Kraft bleiben, oder dahin fallen solle. Anders verhält es sich dagegen, wenn die Gesellschaft selbst die Art des Prämienbezuges ändert, und ihre Agenten anweist die Prämie abzuholen, oder wenn sie die Gewohnheit annimmt, die Prämie gegen Uebergabe der Quittung einkassiren zu lassen, vielleicht sogar durch Cirkulare mittheilt, dass ein gewisser Kassenbote berechtigt sei die Prämien in Empfang zu nehmen. In diesem Falle hat die Gesellschaft selbst den Modus des Geldbezuges geändert, und der Versicherte ist berechtigt anzunehmen, sie habe ihm keine Falle legen und absichtich in unbegründete Sicherheit wiegen wollen, um sich sodann auf einmal auf die vergessenen Statuten zu berufen und die Polize hinfällig erklären zu können. Die gleiche Wirkung hat auch den Erlass von Agenten der Gesellschaft, welche Kraft ihres Mandates dieselbe vertreten und durch ihre Handlungen verpflichten können.[2]) Wir können daher die Ansicht Hinrichs l. c. S. 406, dass späteren Zusicherungen, die eine Aenderung der lex contractus in sich schliessen würden, **von wem sie auch ertheilt sein möchten,** Erheblichkeit nicht beizulegen sei, nicht beistimmen.

Eine Abänderung derselben muss auch dann angenommen werden, wenn die von den Statuten abweichende Bezugsart durch Geschäftsübung die Regel und die Bringschuld faktisch eine Holschuld geworden ist. Die Gesellschaften

---

[1]) Zeitschr. f. H.R. XII 650; XIII 70; XX 406.

[2]) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. IX Nr. 107 u. 108.

suchen sich zwar gegen die Folgen ihrer Handlungsweise dadurch zu schützen, dass sie in den Statuten den Einwand, dass die Prämien regelmässig oder in einzelnen Fällen eingefordert worden seien, von vorn herein ausschliessen und dadurch zu erkennen geben, dass sie eine Abänderung der Vertragsbedingungen nicht beabsichtigen und den Versicherten von seiner Verbindlichkeit die Prämie zu bringen nicht befreien wollen. Allein gegenüber einer konstant gewordenen entgegenstehenden Praxis kann selbst eine solche Bestimmung nicht angerufen werden, sondern es muss durch eine bestimmte Willensäusserung der maassgebenden Organe der Gesellschaft den Versicherten Kenntniss von der veränderten Sachlage gegeben werden, sei es durch eine Mahnung, sei es auf irgend eine andere Art.

Es würde dem guten Glauben widerstreiten, wenn es von dem Belieben einer Gesellschaft abhängen dürfte ihre eigene Praxis zu ignoriren und nach jahrelanger Abweichung ohne vorangegangene Warnung auf den Boden des Vertrages zurückzukehren und sich zum Nachtheil der Versicherten auf die nicht beobachteten Bestimmungen desselben zu berufen.

Malss berichtet in Goldschmidts Zeitschr. für H.R. VI 378 schmunzelnd über einen Fall, der eine solche Chikane in ein so grelles Licht setzt, dass sie kaum glaublich ist. —

Die **amerikanischen** Gerichte unterscheiden, ob die Abänderung durch die Gesellschaft selbst oder einem Generalagenten oder nur durch einen nicht autorisirten Spezialagenten geschehen sei. Im ersteren Falle lassen sie die Polize wegen Nichtzahlung am Verfallstage nicht hinfällig werden.

Hat die Gesellschaft die Gewohnheit angenommen, die Beträge selbst einzukassiren oder auch nur den Versicherten regelmässig den Verfallstag anzuzeigen, so wird sie dadurch gebunden, und kann nicht ohne weiteres hiervon abgehen und die Polize wegen nicht rechtzeitiger Zahlung verfallen erklären.[3])

Nach der **französischen Praxis** findet die Vereinbarung, dass die Polize ungültig werde, wenn innerhalb einer bestimmten Frist nach der Verfallzeit die Prämie nicht entrichtet worden ist, keine Anwendung, wenn die Gesellschaft die Abholung der Prämie beim Versicherten regelmässig eingeführt hat und dieselbe dadurch aus einer Bringschuld eine Holschuld geworden ist. (Si de portable qu'elle était la prime est devenue quérable.)

Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Gesellschaft in der Polize ausdrücklich erklärt, dass aus der Thatsache, dass sie die Prämie in der Wohnung des Versicherten habe abholen lassen, kein Verzicht auf die Strafklausel gefolgert werden dürfe.

Es wird angenommen, es habe die Gesellschaft stillschweigend auf diese Klausel, und die Zahlung an ihrer Kasse Verzicht geleistet. In Folge dessen

[3]) Bliss S. 300 ff. Clunet, Journal de droit internat. 1877 S. 257. In transactions of this nature, it is easy to mislead by a pretence of liberality, if followed by entire strictness in practice, and the only cure for this is the inquiry by the jury whether the party has been misled by the former. If so, it is a frand upon the parties rights which ought to be condemned and redressed, Bliss S. 302.

fällt die Polize nicht mehr aus dem Grunde dahin, weil die Prämie nicht rechtzeitig bezahlt worden ist, sondern es muss der Schuldner in Verzug gesetzt werden.[4])

Ist die Zahlung der Prämie durch höhere Gewalt verhindert worden, so wird die Polize nicht als erloschen erklärt.[5])

§ 422.

3. Aenderung der Gefahr.

Die Versicherungsverträge werden von den Gesellschaften abgeschlossen, gestützt auf eine Berechnung der muthmaasslichen Lebensdauer des Antragstellers und der Gefahren, welche nach dem ordentlichen Laufe der Dinge und den thatsächlichen Festsetzungen der Deklarationen zu erwarten sind. Andere Gefahren will die Gesellschaft nicht oder nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen. Desshalb ist der Antragsteller nicht nur zu gewissenhafter Beantwortung der gestellten Fragen verpflichtet, sondern es entsteht für ihn auch die Verpflichtung, die thatsächlichen Verhältnisse, welche dem Vertragsabschlusse zu Grunde liegen, nicht absichtlich oder fahrlässig zum Nachtheil der Gesellschaft zu ändern und dadurch die von ihr übernommene Gefahr zu vergrössern. Indessen fehlt es an einem allgemeinen Rechtssatz, welcher nicht nur bestimmen würde, welche Veränderungen der ursprünglichen Grundlagen erheblich seien, sondern auch unter welchen Umständen eine solche angenommen werden müsse, und welche Folgen sich daran knüpfen, und es bedarf daher einer ausdrücklichen Bestimmung der Polize, wodurch die Haftbarkeit der Versicherungsgesellschaft auf bestimmte Gefahren beschränkt wird.[1])

Diese Polizebestimmungen sind strikt auszulegen und dürfen um so weniger einer ausdehnenden Interpretation unterstellt werden, als sie für den Versicherten grosse Beschränkungen enthalten, indem sie ihn in seiner freien Bewegung, in der Wahl seines Berufes, seines Aufenthaltes und seiner Lebensweise sehr erheblich zu beengen im Stande sind.[2])

Das Allg. preuss. L.R. II 8 § 2152 lässt die Versicherung aufhören, wenn der Versicherungsnehmer ohne des Versicherers Einwilligung, ausser Europa

---

[4]) Puchelt, Zeitschr. f. franz. R. 3 S. 350 ff. Merger S. 129. Rouben de Couder, Dict. I 761. Couteau II 198 ff. Herbault S. 174. La France judiciaire 1879—1880 V^me^ Partie 151. Molineau S. 174 ff.

[5]) Zeitschr. f. H.R. XXI 290. — Vibert meint zwar: Du reste, les compagnies rédigeant les polices comme bon leur semble, il leur est facile de prévenir de pareilles discussions en modifiant les conventions, et en insérant que la présentation des quittances de primes sera toujours considérée comme mesure prise à titre gracieux et ne pourra en aucun cas impliquer une dérogation aux clauses de la police p. 87 u. 88, allein die Gerichte haben nicht im Sinne Viberts entschieden. Rouben de Couder, Dict. I 762. Malss, Zeitschr. f. H.R. III 375.

[1]) Vibert p. 117. Entsch. d. O.H.G. VIII S. 308.

[2]) Lichtenfels S. 53, 65 ff. Malss, Zeitschr. II 34—43. Entsch. d. R.O.H.G. VIII 309.

oder in den Krieg, oder zur See geht, oder sonst eine für sein Leben gefährliche Lebensart ergreift, es sei denn, dass die Versicherung auf diese Fälle ausdrücklich gerichtet worden.

Diese Bestimmungen sind in die meisten Polizen übergegangen, in dem Sinne, dass ein Todesfall, welcher sich unter obigen Umständen ereignet, nicht in den Bereich der Polize fällt, mithin die Gefahr für denselben nicht übernommen wird.

Die am meisten vorkommenden Ausnahmen sind: **Verlegung des Wohnsitzes** ausserhalb Europas oder des Bankgebietes, ohne Zustimmung der Gesellschaft.[3]) **Reisen** nach aussereuropäischen Gegenden, in Gegenden, in welchen Krieg, Aufruhr oder Epidemien ausgebrochen sind, Unternehmung grosser Land- oder Seereisen, Eintritt in aktiven **Kriegsdienst** oder Seedienst.

In der Regel werden jedoch in den erwähnten Fällen nicht alle Ansprüche ausgeschlossen, sondern es haben sich die Versicherten mit der Gesellschaft über Zusatzprämien zu verständigen, oder es wird die Versicherung während der Dauer der Reise suspendirt, kann aber nachher wieder fortgesetzt werden, wenn inzwischen die Gesundheitsverhältnisse des Versicherungsnehmers nicht gelitten haben und die Prämien fortwährend bezahlt worden sind. Hat sich der Versicherte mit der Gesellschaft nicht bezüglich Zusatzprämien verständigt, so erstattet die schw. Rentenanstalt beim Ableben ausserhalb Europa das Deckungskapital und vergütet, wenn der Versicherte im Krieg das Leben verliert, die vollen eingezahlten Prämien zurück. Durch einen einmaligen Zusatz zur Eintrittsprämie von 1 % der Versicherungssumme, welche bei Abschluss der Polize bezahlt wird, kann sich der Versicherte auch den Anspruch auf die ganze Versicherungssumme sichern. Die oben citirten Statuten und schw. Rentenanstalt §§ 15 u. 16.[4])

Das **französische** Recht, d. h. die Bestimmungen der französischen Polizen, sieht als Verwirkungsklauseln, vor: Gefahren von Reisen und Verlegung des Wohnsitzes ausserhalb Europas, von Seereisen und des Krieges. Allein die Gesellschaft vergütet das Deckungskapital, wenn die Versicherung wenigstens drei Jahre lang gedauert hat. Bei kürzerer Dauer tritt vollständige Befreiung der Gesellschaft ein.[5])

Das **englische** Recht betrachtet als Gefahren, die nicht durch die Polize gedeckt werden, diejenigen der Seereisen ausserhalb Europas, Kriegsdienst zu Land und zur See. Einzelne Polizen erklären die Versicherung hinfällig, wenn der Versicherte zur See geht, andere dagegen nur, wenn er zur See stirbt, so dass er nur für die Gefahren der Seereise und während derselben sein eigener

---

[3]) London Union § 35. Lübeck § 69. Vesta § 13. Frankfurt Art. 4 u. 10. Gotha § 70. Verlegung des Wohnortes ausserhalb des Bankgebietes, dito Stuttgart § 52. Leipzig § 13 Nr. 9.

[4]) Gehören Markedenter zu den Militärpersonen? R.O.H.G. VIII 304 ff. Reisen in Gegenden, wo Krieg oder Aufruhr herrscht, R.O.H.G. V 242 ff.

[5]) Couteau II 218 u. 226 ff. Molineau p. 231. Montlud p. 218 ff.

Versicherer ist, ohne dass im übrigen sein Verhältniss zur Gesellschaft geändert würde. In allen Fällen kann sich aber der Versicherte durch vorausgehende Verständigung mit der Gesellschaft und Bezahlung einer Extraprämie auch gegen diese ausserordentlichen Gefahren sicher stellen.[6])

Die **amerikanischen** Polizen pflegen die Gefahr abzulehnen für Seereisen, Aufenthalt in gewissen Landestheilen und während gewisser Momente, und Reisen über gewisse Grenzen der vereinigten Staaten heraus, z. B. südlich von Virginia und Kentucky. Diese Bestimmungen sind wörtlich zu interpretiren, und es geht daher die Versicherung verloren, wenn den Polizeverboten ohne Zustimmung der Gesellschaft zuwidergehandelt worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Tod während der betreffenden Zeit eingetreten ist oder nicht. Diese Bestimmungen und Beschränkungen finden jedoch nur dann Anwendung, wenn sie in die Polizen aufgenommen worden sind und verstehen sich somit nicht von selbst.[7])

Aenderung der Lebensweise oder der Beschäftigung, durch welche die Gefahr für das Leben erhöht wird. Solche Bestimmungen finden sich vielfach in Lebensversicherungspolizen, und wo dies der Fall ist, müssen sie selbstverständlich zur Anwendung kommen. Dagegen verstehen sie sich nicht von selbst, und beim Schweigen der Polize muss angenommen werden, dass die Gesellschaft jede nicht ausgenommene Gefahr, sofern sie nicht durch ein Verschulden des Versicherten herbeigeführt worden ist, übernommen habe. Hat daher jemand das Leben eines Dritten versichern lassen, so wird der Versicherungsvertrag nicht berührt, wenn ohne sein Zuthun der Versicherte seine Lebensweise verändert und dadurch die Gefahr vermehrt hat. Im einzelnen Fall kann es ferner nicht darauf ankommen, wie Malss annimmt, ob die Gefahr sich generisch ändere, sondern ob sie sich vermehre, und dies muss dem billigen Ermessen des Richters anheimgestellt bleiben. Wenn dagegen der Uebergang zu bestimmten Berufsarten vorgesehen ist, z. B. zu dem eines Seemannes oder Bergmannes u. s. w., dann entsteht eine Gefahr, welche die Gesellschaft nicht hat übernehmen wollen, abgesehen davon, ob sie grösser oder geringer sei als die bisherige. Einzelne Gesellschaften, wie z. B. die schweizerische Rentenanstalt § 18 lassen jede Aenderung der Lebensweise oder des Berufes unbedingt zu, und erklären dieselbe ohne Einfluss auf die Versicherung. Andere verlangen Anzeige und allfällige Zahlung einer Extraprämie.[8])

Verurtheilung zu einer längeren oder kürzeren Freiheitsstrafe. Die Gefangenschaften sind allerdings oft der Art, dass ein längerer ungewohnter Aufenthalt in denselben eine erhebliche Gefahr für Leben und Gesundheit des Gefangenen mit sich bringen kann, abgesehen davon, dass schon die Aenderung der Lebensweise auf das Leben eines Sträflings einwirken kann. Es ist daher begreiflich, wenn die

---

[6]) Bunyon l. c. 67 ff. Crawley S. 49.

[7]) Bliss p. 380 ff. Phillips l. c. I S. 491 und 595.

[8]) Lübeck § 69. Vesta § 13. Gotha § 68. Frankfurt Art. 4 u. 10. Providentia § 13. Leipzig § 14. Stuttgart § 55. Staudinger S. 171. Malss Betr. S. 42 ff. Lichtenfels S. 53 ff. Kübel in Malss Zeitschr. f. Vers.R. II 34 ff. Bliss l. c. § 226.

Versicherungsgesellschaften gegenüber solchen Personen ihre Haftbarkeit zu beschränken suchen. Sofern dies aber nicht ausdrücklich geschieht, kann aus allgemeinen Rechtsgründen eine solche Beschränkung des Versicherten oder eine Befreiung der Gesellschaften aus solchen Gründen nicht angenommen werden. — Ueber die Mannigfaltigkeit, welche mit Bezug auf diesen Punkt in den Statuten der verschiedenen Gesellschaften herrscht, gibt den bündigsten Aufschluss ein Urtheil des R.O.H.G.,[9]) welchem wir folgende Auseinandersetzung entnehmen: „Allerdings erklärt eine ganze Reihe von Bedingungen schon im Falle der blossen Verurtheilung des Versicherten in eine Freiheitsstrafe die Versicherung für ungültig, allein unter den erheblichsten Abweichungen im Einzelnen, indem bald eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahre vorausgesetzt wird, bald von zwei Jahren, wobei wiederum einige Gesellschaften als Minimum nur das angegebene Strafmaass, andere aber mehr als dasselbe verlangen. Daneben fordert **eine** Gesellschaft ausserdem noch den gänzlichen oder theilweisen Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, eine andere setzt Verurtheilung des Versicherten wegen eines Verbrechens und zwei weitere setzen Verurtheilung wegen eines **gemeinen** Verbrechens voraus, während wiederum eine andere die Verwirkung auf den Fall einer entehrenden Freiheitsstrafe beschränkt. Die eine Gesellschaft lässt sodann die Verwirkung erst nach dem Antritt der Strafe durch den Versicherten eintreten und eine fernere sogar erst dann, wenn die Strafe seit länger als einem Jahre angetreten war, wogegen die Statuten Nr. 11 auf den Erlass der Strafe oder Herabsetzung derselben unter die Minimalhöhe von mehr als vier Jahren im Wege der Begnadigung Gewicht legt. Von den übrigen Gesellschaften knüpft die eine die Enthebung von ihren Verbindlichkeiten an sich schon daran, dass der Versicherte überhaupt „in eine Haft kommt, deren Dauer drei Monate überschreitet“, und eine andere erklärt die Ansprüche des Versicherten wiederum für verfallen, wenn derselbe „in Folge einer **entehrenden** Handlung seiner persönlichen Freiheit für verlustig erklärt wird“, wogegen eine dritte selbst im Falle der Verurtheilung zu einer fünfjährigen Gefängnissstrafe die Versicherung zu $^4/_5$ der vertragsmässigen Leistung gewährt. Andere Gesellschaften knüpfen die Ungültigkeit der Versicherung hingegen nur an die Erleidung von **„Zwangsarbeit, Zuchthaus oder Kettenstrafe“** von mehr als einem Jahre resp. an die Verurtheilung zu mehr als drei Jahren Zuchthaus oder zu schwerer Gefängniss- oder Leibesstrafe oder zu langjährigem Gefängniss resp. zu Zuchthaus. Nicht weniger als sieben Gesellschaften enthalten sich aber einer Verwirkungserklärung der Versicherung für den Fall der blossen Verurtheilung des Versicherten zu irgend einer Freiheitsstrafe oder des bloss während der Verbüssung derselben erfolgten Todes desselben gänzlich, indem sie nur dem Umstande, dass der Versicherte durch die Hand der Gerechtigkeit seinen Tod findet, resp. in Folge des Vollzuges einer gerichtlichen Verurtheilung stirbt oder durch eine verbrecherische Handlung oder deren Folgen sein Leben endet, verkürzt oder seine Gesundheit verschlechtert, die

[9]) Entsch. B. XIV S. 438.

Wirkung beilegen, dass der Vertrag zu Gunsten der Gesellschaft ganz oder theilweise aufgehoben wird".[10])

Tod durch Handlungen, wodurch der Versicherte sein Leben muthwillig aufs Spiel setzt. Dahin gehören auch gesetzwidrige Handlungen, wodurch das Leben aufs Spiel gesetzt wird, z. B. wenn der Versicherte bei Begehung eines Verbrechens getödtet wird, wie der Dieb, Räuber, Schmuggler.[11])

Als eine solche muthwillige Handlung ist es jedoch nicht anzusehen, wenn Jemand zur Rettung eines Andern sein Leben wagt und dabei das seine verliert;[12]) oder wenn der Unfall durch übertriebenen Diensteifer des Verunglückten herbeigeführt wird, denn auf diesem Gebiet, wo ein muthvolles, nicht auf die eigene Schonung bedachtes Handeln eine berechtigte und lobwürdige Eigenschaft bildet, ist die Grenzlinie der Verschuldung überhaupt höher zu stecken und desshalb das Aufsteigen zu der Annahme einer groben Verschuldung um so schwerer zu nehmen.[13]) Auch die Besteigung hoher Berggipfel unter Beobachtung der üblichen Vorsichtsmaassregeln kann nicht als ein muthwilliges Gefährden des Lebens angesehen werden, wohl aber handelt der Versicherte auf eigene Verantwortlichkeit, wenn er die üblichen und nothwendigen Vorsichtsmaassregeln unterlässt, z. B. die Besteigung gefährlicher Gipfel ohne Führer vornimmt. Das Nämliche ist der Fall, wenn die Gefahr des Bergsteigens von der Gesellschaft nicht übernommen, sondern ausgeschlossen worden ist.

Liederlicher, lasterhafter, die Gesundheit untergrabender Lebenswandel; z. B. Trunksucht: Auch dieser Hinfälligkeitsgrund versteht sich nicht von selbst, insofern keine böse Absicht obwaltet, sondern muss in den Polizen ausdrücklich erwähnt und vorbehalten sein, wenn die Gesellschaft aus demselben soll Rechte herleiten können.[14]) Dass dies aber in grösserem oder geringerem Umfange geschieht, liegt in der Natur der Sache. Der Gesundheitszustand des Antragstellers und seine Lebensweise werden bei Abschluss des Vertrages in ernste Erwägung gezogen; die Gesellschaften erkundigen sich über seine Lebensgewohnheiten, seine Mässigkeit oder Unmässigkeit im Essen und Trinken, und indem er die gestellten Fragen beantwortet und sich den Versicherungsbedingungen unterzieht, gibt er zu, dass Berechnungen zu seinen Gunsten gemacht werden, welche seinen gegenwärtigen Gesundheitszustand und einen normalen Verlauf seines Lebens zur Voraussetzung haben. Es darf ihm daher zugemuthet werden, dass

---

[10]) Frankfurt, Persp. I Art. 10 Ziff. 5. Leipzig § 13 Ziff. 4 L.V.A. Der bayrischen Hypotheken- und Wechselbank § 33 Ziff. 4. Providentia § 13 litt. a. Stuttgart § 55, drittes Alinea. Berlinische L.V.G. § 20 litt. b. L.V.G. für die Armee und Marine (Berlin) § 21. Gotha § 71. Patria (Wien) § 62 B. 2. Kranken- und Lebensversicherung Abth. d. I allg. Beamtenvereins der österr. ungar. Monarchie § 71. L.V.G. in Basel § 6, 2. London Union § 35, 2 Nr. 1.

[11]) Bliss (Death in the known violation of the law) S. 352.

[12]) Masius, Lehre der Versicherung S. 503 ff. Seufferts Archiv N. S. 4 S. 73.

[13]) Seufferts Archiv N. S. 5 S. 394. Analogie Art. H.G.B. Art. 818 Ziff. 3 und dazu Lewis.

[14]) Bran, D. L.V.Vertrag S. 22.

er nicht fahrlässiger Weise diese Berechnungen störe, indem er sich einem liederlichen, ausschweifenden Lebenswandel hingibt und dadurch seinen Tod herbeiführt oder beschleunigt.[15])

Hinrichs und Malss nehmen an, dass auch ohne einen solchen Vorbehalt eine Gesellschaft berechtigt sei, von dem Vertrage zurückzutreten und den Versicherten wegen der gezahlten Prämien abzufinden, wenn sie den Nachweis zu führen vermöge, dass er sein Leben durch schädliche Lebensgewohnheiten gefährde, dass er z. B. der Trunksucht ergeben sei.[16])

Einige Gesellschaften behalten sich dieses Recht des Rücktrittes ausdrücklich vor.[17])

Andere dagegen erklären die Versicherung für ungültig, gewähren jedoch dem Versicherten, wenn die Versicherung eine gewisse Zeitlang gedauert hat, seinen Antheil an dem Deckungskapital und an den verfallenen Dividenden.[18])

Auch die Gerichtspraxis hat sich wiederholt in dem Sinne ausgesprochen, dass die Gesellschaft nicht verpflichtet sei, die Versicherungssumme auszuzahlen, wenn der Versicherungsnehmer sich einem ausschweifenden, liederlichen Leben in dem Grade hingegeben hat, dass es nachtheilig auf seine Gesundheit wirkte. Als ein solches wurde namentlich die Trunksucht anerkannt, auch wenn sie in den Statuten nicht ausdrücklich hervorgehoben worden ist.[19])

Andererseits wurde dagegen von einzelnen Gerichten angenommen, die Trunksucht, selbst wenn sie sich bis zum delirium tremens steigere, könne weder als eine muthwillige, noch als eine gefahrvolle Handlung bezeichnet werden, denn der dem Trunke Ergebene folge nur dem unwiderstehlichen Reize, welchen ihm der Genuss geistiger Getränke verursache, ohne dabei an die möglichen Folgen für Gesundheit und Leben zu denken.[20])

In Folge dieser und anderer Urtheile haben die meisten Gesellschaften eine ausdrückliche Bestimmung in die Vertragsbedingungen aufgenommen, wonach die Herbeiführung oder Beschleunigung des Todes durch Trunksucht die Polize ungültig macht, wobei jedoch gleichzeitig die Verpflichtung anerkannt wird, den Antheil am Deckungskapital und die fälligen Dividenden zu vergüten, oder den Rückkaufswerth der Polize zu gewähren, oder die Prämien zu restituiren.[21])

Die **englischen** Polizen verlangen bei Abschluss des Vertrages genaue und gewissenhafte Auskunft über die Lebensweise des Antragstellers und da die daherigen Angaben zu den warranties gehören, so vernichtet die Unrichtigkeit

---

[15]) Malss, Zeitschr. f. H.R. XIII S. 63.

[16]) Hinrichs l. c. S. 409.

[17]) L.V.A. für die Armee und Marine § 21.

[18]) Vesta § 13. Frankfurt § 10. Gotha § 71. Providentia § 13. Berlin L.V.G § 20. Stuttgart § 55.

[19]) Zeitschr. f. H.R. XII 549. Endemann, Handelsrecht § 174. Bluntschli, Deutsches Priv.R. I S. 127.

[20]) Malss, Zeitschr. f. V.R. II 266.

[21]) Die Trunksucht erwähnen ausdrücklich: Vesta § 12. Gotha § 71. Frankfurt Art. 10 Nr. 4. Basler L.V.G. § 6 g. Providentia § 13. Berlin § 20. Stuttgart § 55. Leipzig § 13 Ziff. 4.

derselben das Recht des Versicherten, auch wenn die behauptete Thatsache ohne Einfluss auf den Tod des Versicherten gewesen ist; indessen enthalten sie in der Regel keine Bestimmung, dass eine nachfolgende Veränderung der Lebensweise oder Trunksucht die Polize unwirksam machen.[22])

Die **amerikanischen** Polizen dagegen enthalten öfters die Erklärung, dass die Polize nichtig werde, wenn der Versicherungsnehmer wegen Unmässigkeit im Genuss geistiger Getränke oder wegen gewohnheitsmässigen Trinkens sterbe, und es wird dabei diese Voraussetzung als eingetreten angesehen, auch wenn die unmittelbare Todesursache eine andere war, z. B. Hirn- oder Lungenschlag.[23])

§ 423.

4. Selbstmord, Selbstentleibung, Selbsttödtung.

Auch ohne ausdrückliche Vertragsbestimmungen muss eine Versicherungsgesellschaft als entlastet gelten, wenn der Versicherte seinen Tod absichtlich herbeigeführt hat, dessenungeachtet pflegen dieselben in den Statuten die Uebernahme derjenigen Gefahren ausdrücklich abzulehnen, welche nicht durch Zufall oder den natürlichen Lauf der Dinge, sondern durch eigene Handlungen des Versicherten herbeigeführt werden, wohin namentlich der Tod durch eigene Hand gerechnet wird. Wenn nun auch mit Bezug auf diese Fragen grundsätzliche Uebereinstimmung herrscht, so gehen doch die Ansichten weit auseinander für den Fall, wenn der Versicherte nicht bei gesundem Verstand, sondern bei gestörtem Bewusstsein seine That vollbringt, indem die einen nur im Falle eines Verschuldens, die Befreiung der Gesellschaft eintreten lassen, andere dagegen die Versicherung schon dann als dahingefallen erklären, wenn der Versicherer den Tod gewollt und wenn er gewusst hat, dass er ihn durch seine Handlung herbeiführe, ohne Rücksicht zu nehmen auf seinen Geisteszustand und die Ursache, welche seinen Entschluss herbeigeführt hat. Neben prinzipiell verschiedener Auffassung haben zu dem Streite vielfach auch die Ausdrücke der Polizen Veranlassung gegeben, aus welchen man eine sachliche Verschiedenheit glaubte herausfinden zu dürfen. So wollte man unter Selbstmord nur eine in zurechnungsfähigem Zustande begangene Selbsttödtung verstehen, während unter dem letzteren Ausdruck oder unter Selbstentleibung auch eine in unzurechnungsfähigem Zustande vorgenommene That verstanden werden könne. Diese Unterscheidung ist entscheidend für die moralische Beurtheilung der Handlung, nicht aber für das Verhältniss zwischen Versicherer und Versicherungs-

[22]) Bunyon S. 44 u. 45. Crawley S. 38 ff.

[23]) Bliss p. 426 ff. — Ein Säufer wusste sich in seinem delirium tremens seiner Bewachung zu entziehen, eilte in leichtester Bekleidung und bei rauher Witterung ins Freie und lief in den Strassen herum, wodurch sein Tod herbeigeführt wurde. Der Arzt bezeugte, es sei derselbe erfolgt in Folge „exposure and intemperance.“ Das Gericht nahm aber an: Miller died of congestion or from exposure, both of which were the direct consequences of his intemperate use of intoxicating liquors Bliss l. c. Ueber die Folgen der Trunksucht siehe Taylor, Medical Jurisprudence p. 744.

nehmer.[1]) Ob der Betreffende unter dem Einflusse von Gemüthsdepressionen, Illussionen, Visionen, falschen Vorstellungen u. s. w. gehandelt hat, ob er zwischen Recht und Unrecht habe unterscheiden können, ist für die Versicherungsgesellschaft in so fern gleichgültig, als sie die Gefahr für solche Handlungen überhaupt zu übernehmen abgelehnt hat. ohne Rücksicht darauf. welche Gründe den Versicherungsnehmer zu denselben veranlasst haben. Wie die Gesellschaft die Gefahr einer Seereise oder des Kriegsdienstes nicht übernimmt, wie sie die Entschädigung verweigert, wenn der Verstorbene sein Leben muthwilligerweise einer Gefahr ausgesetzt hat, so lehnt sie auch jede Verpflichtung ab, wenn der Tod durch eigene Hand herbeigeführt worden ist. Entscheidend ist nicht die Frage ob ihm die That zugerechnet werden könne, sondern ob sein Wille auf Zerstörung seines Lebens gerichtet gewesen ist, und er absichtlich eine auf dieses Ziel gerichtete Handlung vorgenommen hat. Wer von Verfolgungswahn geplagt, um seinen Quälern zu entgehen, ins Wasser springt, der hat sich sein Leben selbst genommen, so milde man auch seine That beurtheilen mag, denn seine krankhafte Stimmung macht ein gewolltes Resultat nicht zu einem zufälligen Ereigniss.[2])

Dagegen gehört unter den Begriff des Selbstmordes oder der Selbsttödtung, diesen Ausdruck im allgemeinsten Sinne genommen, nicht wenn Jemand im Fieberwahnsinn zum Fenster hinausspringt oder sich an der Wand den Kopf einrennt oder seine Binden im bewusstlosen Zustande abreisst, oder sonst unabsichtlich sich den Tod gibt. denn hier kommt nicht ein Wille zur Ausführung, sondern es wird unbewusst ein Ereigniss herbeigeführt, welches mit dem Willen des Patienten nichts zu thun hat, und desshalb als ein zufälliges aufgefasst werden muss. Wenn gleich daher für solche Fälle die Verantwortlichkeit der Gesellschaft nicht ausdrücklich aufgehoben worden ist, so kann sich dieselbe doch nicht mit Berufung auf Selbsttödtung ihrer Verpflichtung entschlagen.[3])

Vom Selbstmorde sind auch diejenigen Fälle auszuschliessen, welche Griesinger erwähnt, wo Geisteskranke sich unabsichtlich, ohne sterben zu wollen, den Tod geben, wenn z. B. ein Maniacus im delirium das Fenster für die Thür hält und hinausgehen will; wenn ein anderer zum Fenster hinausspringt, weil

[1]) Litteratur. Emminghaus, Die Behandlung des Selbstmordes in der Lebensversicherung. Leipzig 1875. Malss, Zeitschr. f. V.R. II 5. f. H.R. XIII 62 ff. Fick, Zeitschr. f. H.R. XX 1. Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XXIII 183 ff. Bran, Der Lebensversicherungsvertrag, Eisenach 1872. Bliss l. c. S. 372. Phillips I 493 ff. Clarke l. c. S. 352. Crawley S. 52 ff. Walford l. c. S. 232. Bunyon l. c. S. 70. May l. c. S. 342. Wharton, Mental Unsoundness S. 239—247, Law of Evidence I 314 Not. u. II 462 und Law of Contracts I 456. Kent, Commentaries II 493; III 369 ff. Schwebemeier l. c. S. 157. Alauzet l. c. II 400 ff. Merger l. c. I 160. de Montluc l. c. S. 207 ff. Vibert l. c. S. 117 ff. Couteau l. c. II 227. Herbault l. c. S. 153. Pouget, Assurances s. l. vie S. 71. Quenault l. c. Nr. 71. Rouben de Couder, Dictionnaire I S. 755. Sacerdoti l. c. II S. 123 ff.

[2]) Zeitschr. f. V.R. II 408.

[3]) Crawley S. 54.

ihm Gott gesagt habe, gehe zum Fenster, du wirst wie ein Vogel fliegen, oder wenn ein Wahnsinniger die Mission der allgemeinen Menschenbekehrung zu haben glaubt und sich zum Beweise für die Wirklichkeit seiner Sendung und für seine Unverwundbarkeit von einer Brücke herabstürzt und ertrinkt. Dies sind keine Selbstmorde, denn diese Kranken hatten nicht die Absicht sich zu tödten.[4]) Griesinger hat hier den auch für das Versicherungsrecht richtigen Punkt getroffen. Nicht auf die Fähigkeit Recht und Unrecht zu unterscheiden kommt es an, sondern auf den Willen und die Absicht sich den Tod zu geben und auf die Einsicht der Mittel; es ist daran um so strenger festzuhalten, als von bedeutenden Autoritäten die irrige Ansicht vertreten wird, dass der Selbstmord immer das Symptom oder Ergebniss einer psychischen Krankheit sei.[5])

Die amerikanische und die englische Praxis gehen beide von dem hier vertretenen Standpunkte aus. In dem leitenden Falle Borrodaile v. Hunter verweigerte die Gesellschaft die Auszahlung der Versicherungssumme, weil der Versicherte sich in die Themse gestürzt hatte, und stützte sich dabei auf die Klausel, dass die Polize dahin fallen solle „should the assured die by his own hands“ die Jury erklärte, er habe sich absichtlich in den Fluss gestürzt, wissend dass er dadurch sein Leben zerstöre und in der Absicht diess zu thun; indessen habe er in diesem Augenblicke nicht unterscheiden können zwischen Recht und Unrecht. Die Mehrheit der Richter erklärte die Polize für verfallen, weil die Klausel jede Art von Selbstödtung in sich schliesse und sich keineswegs beschränke auf felonious suicide.

Im gleichen Sinne wurde auch in dem Fall Clift v. Schwabe von der Exchequer chamber mit einer Majorität von sieben gegen zwei Richter entschieden, dass wenn der Versicherte wissentlich und mit Willen sich selbst tödtete, es unerheblich sei, ob er geistig gesund oder krank, d. h. moralisch zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig gewesen sei; suicide bezeichne jede absichtliche Tödtung, wenn die Person die voraussichtlichen Folgen ihrer Handlung gekannt habe.[6])

---

[4]) Griesinger, Dr. W., Die Pathologie und Therapie der psychischen Krankheiten. Stuttgart 1861. S. 261 ff.

[5]) Griesinger l. c. Nr. 256.

[6]) Bliss S. 376 ff. 393, 626 u. 627, 380. Bunyon S. 77. Crawley S. 54. Das letzterwähnte Urtheil in Sachen Clift v. Schwabe hat Montluc S. 201 irrig wiedergegeben, indem er den Entscheid des Unterrichters mit demjenigen des Oberrichters verwechselt, und Couteau II 243 ist ihm ohne eigene Prüfung gefolgt. Sehr eingehend wird die Frage von dem amerikanischen Richter Bigelow behandelt. Derselbe sagt in einem Votum: Insanity does not necessarily operate to deprive its subjects of their hopês and fears, or the other mental emotions which agitate and influence the minds of persons in the full possession of their faculties. On the contrary, its effect often is to stimulate certain powers to extraordinary and unhealthy action, and thus to overwhelm and destroy the due influence and control of the reason and judgment. Take an illustration. A man may labor under the insane delusion that he is coming to want, and that those who look to him for support will be subjected to the ills of extreme poverty. The natural effect of this species of insanity is to create great mental depression, under

Mit Bezug auf die **Praxis der deutschen Gerichte** lässt sich eine Uebereinstimmung nicht nachweisen, wie sich aus den von Goldschmidt mitgetheilten

---

the influence of which the sufferer, with a view to avoid the evils and distress which he imagines to be impending over himself and those who are dependent on him for support, is impelled to destroy his own life. In such a case, suicide is the wilful and voluntary act of a person who understands its nature and intends by it to accomplish the result of self-destruction. He may have acted from an insane impulse, which prevented him from appreciating the moral consequences of suicide; but nevertheless, he may have fully comprehended the physical effect of the means which he used to take his own life, and the consequences which might ensue to others from the suicidal act. It is against risks of the nature — the destruction of life by the voluntary and intentional act of the party assured — that the exception in the proviso is intended to protect the insurers. The moral responsibility for the act does not affect the nature of the hazard. The object is to guard against loss arising from a particular mode of death. The causa causans, the motive or influence which guided or controlled the will of the party in committing the act, are immaterial, as affecting the risk which the insurers intended to except from the policy. This view is entirely consistent with the nature of the contract. It is the ordinary case of an exception of a risk which would otherwise fall within the general terms of the policy. These comprehended death by disease, either of the body or brain, from whatever cause arising. The proviso exempts the insurers from liability when the life is destroyed by the act of the party insured, although it may be distinctly traced as the result of a diseased mind. It may well be that insurers would be willing to assume the risk of the results flowing from all diseases of the body producing death by the operation of physical causes, and yet deem it expedient to avoid the hazards of mental disorder, in its effects on the will of the assured, whether it originated in bodily disease, or arose from external circumstances, or was produced by a want of moral and religions principle. Er schloss sein bemerkenswerthes Votum mit folgenden Worten: The facts agreed by the parties concerning the mode in which the plaintiffs intestate took his own life leave no room for doubt that self-destruction was intended by him, he having sufficient capacity at the time to understand the nature of the act which he was about to commit, and the consequences which would result from it. Such being the fact, it is wholly immaterial to the present case that he was impelled thereto by insanity, which impaired his sense of moral responsibility, and rendered him to a certain extent irresponsible for his actions. Bliss § 235 S. 394 ff. u. 400.

Wie Bigelow spricht sich auch der bekannte amerikanische Jurist Wharton aus, indem er am Schlusse seiner Ausführung über Geisteskrankheit mit Rücksicht auf das Versicherungsrecht die amerikanische Auffassung folgendermaassen zusammenfasst: Insanity alone does not neutralize the exception when the assured died by his own hand, but it must be proved that the suicide was unintentional or was produced by an insane impulse which it was out of the deceased's power to resist, or was the fruit of an insane delusion leading him to consider the act as requisite. It is not necessary for the defendant to show that there was a capacity on the past of the deceased to distinguish right from wrong. This is aside from the issue. That issue is, did the assured intend, freely and intelligently, to destroy himself? What his views of right and wrong were on the subject is immaterial. If he intended to do the act freely, i. e. without contraint of an irresistible force, mechanical or moral; and if he intended to do it intelligently — i. e. if his mind, when acting on the particular topic, was unswayed by insane delusion, then the exception covers the case, and the policy is avoided.

A Treatise on mental Unsoundness, by Francis Wharton. Philadelphia 1873, S. 246.

Dass diese Ansicht auch in England die herrschende ist, und unter suicide jede

Fällen ergibt.[1]) Das Urtheil des O.A.G. zu Nürnberg vom 15. März 1867 schliesst sich durchweg der englischen Praxis und den Ansichten der Amerikaner Bigelow, Bliss und Wharton an. Nicht der Mangel der Zurechnungsfähigkeit ist es, sagen die Motive, welcher den Begriff des Selbstmordes ausschliesst, sondern das Nichtwissen von der physischen Handlung; nicht ob die That dem Urheber zur Schuld angerechnet werden kann, sondern ob er sie als gegen das eigene Leben gerichtet erkannt hat, ist entscheidend. Es kommt desshalb auch im vorliegenden Falle nicht darauf an, ob der versicherte H. sich bei Verübung der Selbstentleibung in einem Zustande geistiger Unzurechnungsfähigkeit befunden habe, welche es ihm unmöglich machte, die moralische Tragweite seiner Handlungen zu würdigen, sondern ob er in einem Zustande geistiger Gestörtheit begriffen war, in welchem er nicht mehr wusste, dass er eine Handlung vornehme, die ihn tödten werde, l. c. S. 214.

Im gleichen Sinne entschied das nämliche Gericht in seinem Urtheil vom 17. Februar 1868 und in einem späteren Entscheide vom 7. April 1873 stellte es mit aller Bestimmtheit den Satz auf, dass das Motiv zu der gewollten Selbsttödtung, welche bei jedem Selbstmörder mehr oder weniger in Gestörtheit des Geistes liege, dem Versicherer gegenüber gleichgültig sei. Wer weiss, dass eine Handlung sein Leben zerstören wird, und in der Absicht, dass dies geschehe, diese Handlung vornimmt, ist in Beziehung auf diese Handlung vollkommen zurechnungsfähig, mag ihn auch zu der Handlung eine fixe Idee oder was sonst veranlasst haben, l. c. S. 218. Damit stimmt auch überein der von Emminghaus S. 37 citirte Entscheid eines bayerischen Gerichtes, dass ein die Gesellschaft von ihrer Verpflichtung befreiender Selbstmord vorliege, wenn bei dem Todten im Momente der That das Bewusstsein als vorhanden angenommen werden müsse, dass die Handlung, welche er begehen wolle, seinen Tod zur Folge haben müsse, resp. könne.

Ein Urtheil des O.A.G. von Dresden vom 16. Januar 1868 nimmt ebenfalls an, der Ausdruck Selbstmord bezeichne im Leben wie in der Sprache der Gesetze in der Regel jede Art der Selbstentleibung auch in unzurechnungsfähigem Zustande, namentlich im Zustande der Melancholie oder gar des Wahnwitzes.[2])

Selbsttödtung verstanden wird, ohne Rücksicht auf den Geisteszustand des Versicherten whether sane or insane, bezeugt auch Dr. Anderson Kirkwood, bei Emminghaus. Die Behandlung des Selbstmordes S. 26.

Dieselbe wird auch vertreten von Taylor & Tardieu in ihrer Étude medico-légale sur les assurances sur la vie S. 105. Le suicide n'implique pas nécessairement l'aliénation mentale ..... même s'il l'impliquait, la loi est que lorsqu'une personne assurée se détruit elle-même avec intention, la police est annullée; si une personne saine ou alienée se tue sans intention les assurances doivent payer, mais dans ce cas la preuve doit être formelle par les demandeurs. c'est-à-dire par ceux qui bénéficient de la police. Couteau II S. 238.

[1]) Zeitschr. f. H.R. XXIII S. 211 ff.

[2]) Zeitschr. f. H.R. XXIII 217.

Ebenso hat auch das Amtsgericht von Bern (Präsident Dr. C. Stooss) in einem vom 12. Februar 1879 datirten Urtheile angenommen, der Versicherte habe sich im Zustande aufgehobener Willensfreiheit in die Aar gestürzt, allein dieser Umstand ändere an der Thatsache nichts, dass derselbe sich selbst das Leben genommen habe, denn unter diesem Ausdrucke dürfe nicht nur der im zurechnungsfähigen Zustande verübte Selbstmord verstanden werden, sondern überhaupt jede Selbsttödtung. Dieser Auffassung trat auch die obere Instanz bei.[3])

Von andern Gesichtspunkten geht dagegen das R.O.H.G. aus, indem es das Hauptgewicht auf die Zurechnungsfähigkeit des Versicherten legt und eine Befreiung der Gesellschaft nur dann eintreten lässt, wenn die Selbsttödtung auf ein Verschulden des Verstorbenen zurückgeführt werden kann. Wo aber das Verschulden aufhöre, da beginne das Gebiet des Zufalles. Wenn nun eine Handlung in einem Geisteszustande begangen worden sei, welcher den Versicherten ausser Stand setzte, sich der Beschaffenheit seiner Handlung und ihrer Folgen klar bewusst zu werden, oder ihn der freien Willensbestimmung völlig beraubte, so liege weder Absicht noch Fahrlässigkeit, überhaupt kein Verschulden, sondern blosser Zufall vor. So lange daher nicht Gesetz oder Vertrag die objektive That ohne alle Rücksicht auf die Frage der Absicht oder Verschuldung für entscheidend erklären, werde die Gesellschaft nur durch verschuldeten Selbstmord befreit.[4])

Das R.G. nimmt ebenfalls an, dass die Selbsttödtung als Befreiungsgrund unverkennbar ein Verschulden des Versicherten erfordere, und es müsse davon ausgegangen werden, dass ein in der Person des Versicherten sich ereignender Zufall, wie Selbstentleibung in Folge unwiderstehlicher Gewalt Seitens eines Dritten, Selbsttödtung im Wahnsinne oder überhaupt in willenlosem Zustande nach der Absicht der Kontrahenten den Verlust des Versicherungsanspruches nicht zur Folge habe. Wollte die Versicherungsgesellschaft, fährt das R.G. fort, ihre Haftpflicht noch weiter beschränken, so hätte sie dieser ihrer Intention einen klaren und bestimmten Ausdruck geben müssen. Es lag doch in diesem Falle nichts näher, als die Aufnahme der Bestimmung, dass der Versicherungsvertrag erlösche, wenn der Versicherte, gleichgültig ob im zurechnungsfähigen oder unzurechnungsfähigen Zustande sich selbst entleibt.[5])

Aus den mitgetheilten Entscheiden ergibt sich, dass die Grundsätze noch nicht festgestellt sind, nach welchen die streitige Frage zu beurtheilen ist. Zwischen der Unfähigkeit sich der Beschaffenheit seiner Handlung und ihrer Folgen klar bewusst zu werden, dem Mangel der freien Willensbestimmung und dem völlig willenlosen Zustand oder Wahnsinn, ist noch ein weiter Weg. Eine Handlung, die im willenlosen Zustande oder im Wahnsinn begangen wurde, ist dem Zufall beizumessen, während eine solche, welche der Handelnde wollte

[3]) Zeitschr. des Bern. J.V. XV 385 u. XVI 107.

[4]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XXIII S. 218 u. 220.

[5]) Entsch. d. R.G. IV S. 161 ff.

unter die Ausnahme der Polize fällt, auch wenn er zwischen Recht und Unrecht nicht zu unterscheiden vermochte. Eine weitere, konsequente Ausbildung der vom R.G. in seinem letzterwähnten Urtheile angenommenen Auffassungsweise muss nothwendig zur Anerkennung der englisch-amerikanischen Grundsätze führen.

Die gegenwärtige **französische** Praxis geht übereinstimmend dahin, dass die im geisteskranken Zustand vollbrachte Selbsttödtung die Gesellschaft nicht befreit, sondern nur diejenige, welche von dem Versicherten begangen wurde, während er im vollen Besitze seiner Fähigkeiten sich befand, ayant toutes ses facultés — en pleine connaissance de cause et sciemment — par un acte de volonté libre et réflechie. — Ist dies nicht der Fall, so bleibt die Gesellschaft verpflichtet, weil die wahre Todesursache die Geisteskrankheit sei, deren Gefahren die Gesellschaft zu übernehmen habe. Zwar erklärte ein Urtheil des Civilgerichtes der Seine vom 13. August 1874, diese Unterscheidung sei unstatthaft, allein dasselbe blieb allein und die Jurisprudenz wurde durch das Urtheil des Pariser Gerichtshofes vom 20. November 1875 (Buigny v. Gresham) und den Entscheid des Kassationshofes in der nämlichen Sache vom 9. August 1876 definitiv fixirt.[6])

Die Unsicherheit der Rechtssprechung bewog die meisten Versicherungsgesellschaften nicht nur den Ausdruck „Selbstmord" mit „Ableben durch eigene Hand" zu ersetzen, sondern auch die Uebernahme der daherigen Gefahr ausdrücklich abzulehnen, habe der Versicherte in zurechnungsfähigem oder in unzurechnungsfähigem Zustande sich das Leben genommen.[7]) — Aus dem nämlichen Grunde wird in englischen und amerikanischen Polizen die Versicherung verwirkt wegen „suicide and death by his own hands, **sane or insane**" oder in case he shall die by his own hand sane or insane und es liegt dieser Bestimmung die Absicht zu Grunde, den Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, welche mit der Frage der Zurechnungsfähigkeit verbunden sind.

Dass derartige weitgehende Beschränkungen der Haftbarkeit der Gesellschaft ausbedungen und mit bindender Kraft in den Versicherungsbedingungen festgesetzt werden können, ist sowohl in England und Amerika als auch in Deutschland anerkannt.[8])

Mit Bezug auf die **Beweislast** muss der Grundsatz gelten, dass jede Partei diejenigen Thatsachen zu beweisen hat, aus denen sie ein Recht oder die Befreiung von einer Verpflichtung herleitet. Der Erbe des Versicherungsnehmers oder wer überhaupt an dessen Stelle getreten ist, hat daher der Gesellschaft

---

[6]) Jurispr. générale I^re^ partie p. 189 u. III^me^ partie p. 192 und dazu die Note. Couteau II 232. Herbault S. 153. Vibert S. 117. Molineau l. c. No. 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83. France Judiciaire 3^me^ année 2^me^ partie S. 253. Jurisprudence générale des ass. terrestes s. v. Suicide.

[7]) Gotha § 72. Berliner L.V.G. §§ 20 u. 21. Stuttgart Nr. 55.

[8]) Entsch. d. R.G. IV 161 u. 162. Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. XXIII 210. Bliss S. 414 ff.

gegenüber nur den Versicherungsvertrag und den Tod desjenigen nachzuweisen, auf dessen Ableben die Versicherung genommen worden war, nicht auch, dass der Tod ein nicht selbst herbeigeführter gewesen sei. Die Gesellschaft hat dagegen den Selbstmord als Befreiungsgrund excipiendo geltend zu machen und zu beweisen, wogegen der Ansprecher replicando den Beweis zu übernehmen hat, dass derselbe nicht als freiwilliger und gewollter angesehen werden könne. —

Die französischen Gerichte legen jedoch der Gesellschaft nicht nur den Beweis auf, dass der Versicherte sich selbst den Tod gegeben habe, sondern auch dass derselbe ein gewollter (volontaire, un acte de la libre volonté) gewesen sei.[9])

Wenn die allgemeinen Versicherungsbedingungen die Selbstentleibung, gleichgültig ob in zurechnungsfähigem oder unzurechnungsfähigem Zustande, als einen Befreiungsgrund aufstellen oder wenn sie die Beweislast in denselben so ordnen,

---

[9]) Molineau, Jurispr. p. 221. Couteau II 233 ff. Herbault S. 154. Rouben de Couder, Dict. I 755. Jurispr. générale s. v. Suicide. Urtheil des Pariser Appellationshofes vom 20. November 1875. Das erstinstanzliche Gericht (24. November 1874) hatte der Gesellschaft den Beweis auferlegt, dass sich Buigny absichtlich das Leben genommen habe. Dieser Entscheid wurde oberinstanzlich durch Urtheil der Cour de Paris vom 30. November 1875 bestätigt: Considérant que, survenant le décès d'un assuré, celui au profit duquel a été consentie l'assurance a droit au montant de la somme stipulée de plein droit, et sans avoir autre preuve à fournir que celle du décès; que si la compagnie débitrice de cette somme prétend se libérer de son obligation, c'est nécessairement à elle qu'il incombe d'établir qu'a surgi la circonstance entraînant la nullité de son engagement; que c'est donc à bon droit que le jugement attaqué a mis à la charge de la comp. the gresham life la preuve que le cas prévu en l'art. 5 de la police s'est réalisé, c'est-à-dire que Buigny a volontairement attenté à sa vie. Weitere Urtheile bei Couteau II 233 ff. und Jurisprudence générale s. v. „Suicide" und I 187 Note. Dieser Ansicht schloss sich auch der Kassationshof an, indem er durch Entscheid vom 9. August 1876 den Kassationsrekurs verwarf. Das Dict. de droit comm. von Rouben de Couder I 755 billigt diese Auffassung, während sich sowohl Couteau II 237 als Herbault S. 154 sehr bestimmt gegen eine solche Vertheilung der Beweislast aussprechen und verlangen, dass dem bénéficiaire der Beweis aufgelegt werde, dass der Versicherte sich nicht absichtlich den Tod gegeben habe.

Im Gegensatz zu der Praxis der franz. Gerichte bestimmt Art. 41 des belgischen Gesetzes vom 11. Juni 1874.

L'assureur ne répond pas de la mort de celui qui a fait assurer sa vie, lorsque cette mort est le résultat d'une condamnation judiciaire, d'un duel, d'un suicide, sans la preuve que celui-ci n'a pas été volontaire, ou lorsqu'elle a eu pour cause immédiate et directe un crime ou un délit commis par l'assuré et dont celui-ci a pu prévoir les conséquences. —

Hierauf gestützt spricht sich ein Urtheil des Civilgerichtes von Antwerpen vom 29. Juni 1878 folgendermaassen aus:

Le suicide de l'assuré annule le contrat d'assurance sur la vie, lorsqu'il est volontaire et libre. La compagnie d'assurances satisfait à la loi en justifiant que le décès est dû à un suicide, qui à paru aux témoins volontaire et libre. Les bénéficiaires de l'assurance, qui prétendent que l'assuré s'est suicidé sous l'empire d'une mélancolie délirante qui lui enlevait l'usage de ses facultés et l'a fatalement poussé à se donner la mort doivent faire la preuve, des faits qu'ils invoquent à l'appui de leurs allégations. — Couteau II 243. Jurisprudence générale III S. 229.

dass sie nur die Thatsache der Tödtung durch eigene Hand zu beweisen übernehmen, so sind diese Feststellungen als Bestandtheile des Vertrages für die Parteien und somit auch für die Gerichte maassgebend.

Das Nämliche ist auch der Fall mit Bezug auf die Folgen der Selbstentleibung, so lange eine gesetzliche Bestimmung darüber nicht aufgestellt ist. Eine solche stellt nun auf das ungarische Gesetz von 1876 Art. 504, wonach im Falle des Selbstmordes ein Drittel der eingezahlten Prämien zurückzuvergüten ist und der, soweit er sich auf die Versicherungsverträge bezieht, einstweilen zurückgelegte schweizerische Entwurf eines Obligationenrechtes, welcher in Art. 767 sogar bei Versicherungen auf das eigene Leben die Rückzahlung sämmtlicher Prämien ohne Zins, und bei solchen auf fremdes Leben die Leistung des nachweisbar vermögensrechtlichen Interesses des zum Bezuge der Versicherungssumme Berechtigten vorschreibt, und die Abänderung dieser Vorschrift durch besondere Vereinbarungen zu Gunsten des Versicherers verbietet.

Dass derartige Extravaganzen keine Aussicht haben, angenommen zu werden, hat Goldschmidt richtig herausgefühlt.[10])

Die Mehrzahl der Gesellschaften haben über die Rechtswirkung des Selbstmordes Bestimmungen aufgestellt, die im einzelnen Falle zur Anwendung kommen müssen.

Nach der einen wird die Gesellschaft in Folge des Selbstmordes des Versicherten von jeder Verpflichtung liberirt, ohne Rücksicht auf die Dauer des Versicherungsvertrags.

Andere lassen die liberirende Wirkung nicht oder nicht ganz eintreten, wenn die Versicherung bereits eine bestimmte Reihe von Jahren gedauert hat.

Andere sichern den Zeitwerth der Polize oder die ganze Reserve zu, auch wohl die Rückzahlung der Prämien, mit oder ohne Zinsen, oder die ganze Versicherungssumme, wenn die Versicherung wenigstens einige Jahre gedauert hat.

Einige Gesellschaften ertheilen zwar keine bestimmte Zusicherung, behalten sich aber vor, je nach den Eigenthümlichkeiten des Falles die Versicherungssumme bis zu ihrer vollen Höhe auszuzahlen.[11])

Ist die Polize nicht zu Gunsten des Versicherungsnehmers oder seiner Ehefrau ausgestellt, sondern zu Gunsten eines bestimmten Dritten, oder ist dieselbe einem Dritten abgetreten oder verpfändet worden, so ändert dies an dem Verhältnisse zu der Gesellschaft und an den Verpflichtungen derselben nichts. Die Bedingungen, unter welchen der Vertrag eingegangen wurde, sind die nämlichen geblieben, und wenn daher die Versicherungsbedingungen keine abweichenden Bestimmungen enthalten, so wird die Gesellschaft jedem aus der Polize Berechtigten gegenüber durch Selbstentleibung des Versicherten von ihrer Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, gleichgültig, ob einem Dritten Rechte auf die Versicherungssumme eingeräumt worden sind oder nicht.

Die Verpflichtung der Gesellschaft ist eine bedingte und kann nicht durch

---

[10]) Zeitschr. f. H.R. XXIII 210.

[11]) Siehe Emminghaus l. c. S. 23 ff. Bunyon S. 74. Predöhl XXII S. 500.

einseitige Handlungen des Mitkontrahenten in eine unbedingte verwandelt werden.[12])

Andere Gesellschaften enthalten keine ausdrücklichen Bestimmungen zu Gunsten des Benefiziars oder des aus der Polize Berechtigten, sondern erstatten einfach entweder die Prämie ganz oder theilweise zurück, oder vergüten den Rückkaufswerth der Polize oder eine im Ermessen der Gesellschaft liegende Summe. Nach englischem Versicherungsrecht bleibt die Versicherung bis zur Höhe des Interesses in Kraft, welches eine dritte Person durch Assignation oder Verpfändung im guten Glauben erworben hat.[13])

Hat die Versicherung nicht auf das eigene Leben stattgefunden, sondern auf dasjenige eines Dritten, so liegt kein Grund vor, von den allgemeinen Regeln abzuweichen. Die Gesellschaft lehnt die Verpflichtung von vornherein ab, für die Gefahren des Selbstmordes einzustehen, gleichgültig, ob der Selbstmörder selbst der Versicherte sei oder ein anderer. Wer sich daher nicht auf das eigene, sondern auf ein fremdes Leben versichert, der übernimmt auch alle Gefahren, welche das Verhalten des Letzteren mit sich bringt. Es ist dies um so natürlicher, als die Versicherung in der Regel nur mit Zustimmung und gestützt auf die Deklaration desjenigen erfolgt, auf dessen Leben sie genommen und der Vertrag selbst mit Rücksicht auf dieselbe abgeschlossen worden ist. Wenn daher die Vertragsbedingungen keine abweichenden Bestimmungen enthalten, so wird die Gesellschaft von ihrer Verpflichtung gegenüber dem Versicherungsnehmer befreit, wenn der Versicherte selbst, gleichgültig, ob in zurechnungsfähigem oder unzurechnungsfähigem Zustande, Hand an sich gelegt hat, oder wenn der Tod desselben durch Verschulden des Versicherungsnehmers herbeigeführt worden ist. Indessen kann sowohl durch die Gesetzgebung[14])

---

[12]) Staudinger S. 88. Indessen wird durch die Statuten der Versicherungsgesellschaften vielfach, sogar regelmässig, etwas Anderes bestimmt, und wie bei der Feuerversicherung die Hypothekargläubiger berücksichtigt werden, so wird auch bei der Lebensversicherung eine Begünstigung der Berechtigten entweder zugesichert oder in Aussicht gestellt. Lübeck § 69 Ziff. 6 leistet Ersatz bis zum Belauf des wirklichen und nachweisbaren Interesses, wenn eine nicht erbberechtigte Person wenigstens zwei Monate vor dem Tode des Versicherten im guten Glauben in den Besitz der Polize gelangt ist. Vesta § 13, bis auf gleichen Belauf dem gutgläubigen Erwerber, wenn die Versicherung bereits drei Jahre gedauert hat. Berliner L.V. § 6, die einfache Versicherung auf Lebenszeit bleibt in Kraft, wenn sie bereits drei Jahre alt ist, und auf eine nicht zu den Notherben des Versicherten gehörende Person lautet, oder bereits seit drei Jahren cedirt war, Hannover § 13. Aehnlich Germania in Stettin, Nordstern, Friedrich Wilhelm in Berlin, Minerva in Wien, Europa in Wien, Donau in Wien, Basler L.V.G., Hannover, Tarif für Vers. auf Lebenszeit, § 13 nimmt auf die Verhältnisse und Rechte der etwaigen Cessionare Rücksicht und bezahlt nach zehn Jahren die ganze Versicherungssumme.

[13]) Schwebemeyer l. c. S. 157. Bunyon l. c. p. 73 ff. Crawley S. 54. Bliss l. c. p. 420 ff., 540 ff. Pelican Regulations S. 20. Imperial Life Ins. Comp. conditions ff. 29. Général Assurance Comp. S. 8. Alliance british and foreign, conditions Nr. 5. Scottish Provincial Ass. Comp. p. 11. Atlas. Ass. Comp. p. 13.

[14]) Preuss. L.R. I 8 § 1970.

als durch statutarische Bestimmungen etwas anderes bestimmt oder vereinbart werden.

Abgesehen von gesetzlichen Bestimmungen, wird vielfach angenommen, es erscheine der Selbstmord des Versicherten dem Versicherungsnehmer gegenüber als ein zufälliges Ereigniss, wodurch eine Befreiung der Gesellschaft nicht erfolge.[15])

Allein wenn diese Selbstentleibung auch dem Versicherungsnehmer gegenüber als etwas Zufälliges erscheint, so ist dies ein Zufall, für welchen die Gesellschaft die Folgen nicht übernehmen wollte und welcher durch die Polize nicht gedeckt wird.

Die **französischen** Schriftsteller gehen mit Bezug auf diese Frage auseinander: Pardessus, Quénault, Montluc nehmen wie Staudinger an, der Selbstmord des Dritten, auf dessen Leben eine Versicherung genommen worden ist, sei für den Versicherungsnehmer ein zufälliges Ereigniss, welches die Gesellschaft nicht von ihrer Verpflichtung entbinde.[16])

Andere dagegen betrachten denselben nicht als ein événement fortuit, sondern als ein accident volontaire, welcher die Aufhebung des Vertrags zur Folge habe.[17])

Die **englischen** Polizen enthalten, Ausnahmen vorbehalten, in der Regel keine Verwirkungsklausel wegen des Selbstmordes der dritten Person, auf deren Leben die Versicherung genommen worden ist, weil derselbe kein selbständiges Interesse an der Versicherung habe und daher auch durch keines zu einer solchen Handlung bewogen werden könne. Hier und da wird sogar ausdrücklich beigefügt, dass nur der Selbstmord desjenigen in Betracht komme, welcher ein Interesse an der Versicherung habe. Dagegen gilt die Verwirkung als selbstverständlich, wenn der Berechtigte den Tod desjenigen, auf dessen Leben die Versicherung genommen worden ist, selbst herbeigeführt hat.[18])

§ 424.

5. Zahlung der Reserve.

Die meisten deutschen und ausländischen Gesellschaften zahlen dem Versicherten, ihren Erben oder Rechtsnachfolgern die Reserve oder den Rückkaufswerth der Polize oder die bezahlten Prämien aus, wenn die Versicherung aus

---

[15]) Staudinger l. c. S. 91. Stobbe III 369.

[16]) Montluc S. 211. Quénault Nr. 72. Pardessus Droit comm. II Nr. 590 p. 106.

[17]) Merger, Les Assurances terrestres I Nr. 177 S. 153. Herbault S. 158. Couteau II 245.

[18]) Staudinger S. 91. Schwebemeier S. 157. Bunyon l. c. S. 70 ff. Bliss S. 420 ff. Z. B. Provided always that the person whose life is hereby assured, being also at the time the party interested in this assurance, do not commit suicide. „The Norwich Union.“ When a Policy is effected by one person on the Life of another it will not become void should the Life insured die from any of the above named causes (suicide etc.) at any time. Pelican.

irgend einem Grunde hinfällig wird, und die meisten juristischen Schriftsteller nehmen an, es bestehe hiefür eine rechtliche Verpflichtung.[1])

Diese Ansicht beruht hauptsächlich auf der Annahme von Malss, Radenmacher, Reuling, Predöhl u. A., dass die Prämie in zwei Theile zerfalle, wovon nur der eine Theil zur Deckung der je auf ein Jahr entfallenden Gesammtschäden diene, der andere dagegen eine bei dem Versicherer zur sparkassenmässigen Verzinsung gemachte Kapitalanlage sei und die Prämienreserve bilde. Diese Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden. Vielmehr ist die ganze Prämie eine Vergütung für das übernommene Risiko und dient kein Theil derselben zu Bildung eines Sparkassenguthabens für den Versicherten.[2])

Wenn die Prämien nach den bestehenden Mortalitätstabellen jeweilen nur für ein Jahr berechnet würden, so müssten sie von Jahr zu Jahr steigen, weil die Gefahr des Todes sich mit jedem neuen Jahre vergrössert. Soll daher eine gleichbleibende, unveränderliche Prämie für die ganze Lebensdauer eines Versicherten festgestellt werden, so muss ein Ausgleich stattfinden, in Folge welches die Prämie der früheren Jahre erhöht wird, damit sie für die späteren Jahre unverändert festgehalten werden kann. In Folge dessen ist der Versicherer genöthigt, zu der ursprünglichen, für das betreffende Alter fixirten Jahresprämie — auch Nettoprämie genannt — einen Zuschlag zu machen, um in späteren Jahren den Ausfall decken zu können.[3]) Der Zuschlag bildet somit eine Reserve für die Gesellschaft und nicht für den Versicherten. Ein fernerer Zuschlag muss gemacht werden für das Risiko einer allfällig grösseren Sterblichkeit und die Verwaltungskosten. Diese Zuschläge, insofern sie im Laufe eines Jahres nicht aufgezehrt werden, bilden die Reserve, die somit aus den ordentlichen Jahresprämien der Versicherten gesammelt werden muss.[4])

Diese Reserve ist Eigenthum der Gesellschaft, und wenn sie eine gewisse Höhe erreicht hat, so ist die letztere nach der englischen Gesetzgebung berechtigt, eine allfällig deponirte Kaution zurückzufordern. Hinrichs l. c. S. 244. Gestützt auf den Versicherungsvertrag steht dagegen dem einzelnen Versicherten kein Recht an derselben zu und es kann daher ein solches nur gestützt auf eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung in Anspruch genommen werden. Den Ausführungen Predöhls S. 497 kann daher nicht beigepflichtet werden.[5])

Da die Reserve das einzige verfügbare Kapital der Gesellschaft bildet, so hängt von ihrem Vorhandensein und ihrer Höhe die Solidität der Gesellschaft und die Sicherheit der Versicherten ab. Aus diesem Grunde wurde auch gerichtlich angenommen, dass die Verpflichtung der Gesellschaft sich nicht mit der Zahlung der Versicherungssumme erschöpfe, sondern auch die Sicherung derselben in sich begreife.[6])

[1]) Predöhl l. c. S. 497 ff.
[2]) Lichtenfels S. 23. Elster l. c. S. 32.
[3]) Gotha S. 7. Schweizerische Rentenanstalt-Prospekt Art. 21.
[4]) Gutachten von Weber, Kinkelin & Zeuner vom Dezember 1879 S. 8 ff.
[5]) Stobbe, Deutsches Priv.R. II 370. Couteau I 161 ff.
[6]) Hinrichs S. 358. Couteau II 251 ff.

§ 425.

6. Fortdauer des Vertrages. Zahlung an den Berechtigten.

Die Gesellschaft übernimmt nach Maassgabe der Polize die Verpflichtung, den Vertrag mit dem Versicherten fortdauern zu lassen, so lange derselbe seine einheitliche Prämie bezahlt, ohne eine neue ärztliche Untersuchung zu verlangen. Englische Gesellschaften pflegen jedoch ein solches Verlangen zu stellen, wenn die Versicherung aus irgend einem Grunde suspendirt worden ist und nun erneuert werden soll.

Die Gesellschaft hat ferner die Verpflichtung, unter den statutengemässen Voraussetzungen und binnen den vereinbarten Fristen die Versicherungssumme an den Berechtigten auszuzahlen, nachdem ihr von dem Tode des Versicherten nach Maassgabe der Polize Anzeige gemacht worden ist. Die Frage nun, an wen die Zahlung zu leisten ist, ist nicht nach den besondern Grundsätzen des Versicherungsrechtes zu entscheiden, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechtes.[1])

Durch Abschluss des Versicherungsvertrags erwirbt einzig der Versicherungsnehmer ein unmittelbares Recht gegen die Versicherungsgesellschaft, selbst dann, wenn in der Polize eine bestimmte Person genannt worden ist, an welche die Auszahlung erfolgen soll. Hat diese bei Abschluss des Vertrages nicht mitgewirkt, so ist der Versicherungsnehmer berechtigt, seine Polize zu veräussern, zu verpfänden, mit voller Wirksamkeit auf einen Dritten zu übertragen, den Namen des Benefiziars willkürlich und ohne die Einsprache des anfänglich Bezeichneten zu berücksichtigen, zu verändern oder letztwillig über die Polize zu verfügen. Es gehört somit das aus dem Vertrage resultirende Recht zu dem Vermögen des Versicherungsnehmers.

Soll schon zu Lebzeiten des Versicherungsnehmers zu Gunsten eines Dritten ein unwiderrufliches Recht begründet werden, so dienen dazu bestimmte Arten von Versicherungen, z. B. die Ueberlebensversicherung, wonach die Versicherungssumme an A bezahlt werden soll, wenn er den B überlebt, d. h. beim Tode desselben noch am Leben ist; oder die Versicherung auf das verbundene Leben, wonach die Versicherungssumme beim Tode des Vorabsterbenden zu zahlen ist. Solche Verträge werden unter Mitwirkung aller Betheiligten abgeschlossen und können daher nicht mehr einseitig abgeändert werden. Es gehört daher in diesem Falle die Versicherungssumme nicht zum Nachlass des Erstverstorbenen, sondern zum Vermögen des Ueberlebenden.

Abgesehen von diesen Fällen ist ein Dritter nur dann zum Bezuge der Versicherungssumme legitimirt, wenn er Universalsuccessor des Versicherungsnehmers oder die Polize durch Cession auf ihn übertragen worden ist. Endlich wird auch derjenige als zum Bezuge der Versicherungssumme berechtigt angesehen, zu dessen Gunsten die Polize namentlich ausgestellt ist, insofern der

[1]) Hinrichs l. c. S. 416. Predöhl S. 491.

Versicherungsnehmer zu seinen Lebzeiten oder von Todeswegen nicht anders verfügt hat. Es liegt hierin eine sowohl von dem gemeinen deutschen Recht als von den neuen Partikularrechten anerkannte Abweichung von dem römischen Recht.[2])

Mit Bezug auf das preussische Recht herrscht noch keine Uebereinstimmung, weder in der Theorie noch in der Praxis. Während noch in der neuesten Zeit an dem Satze festgehalten wurde, dass die Versicherungssumme in allen Fällen zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehöre, wenn die Ansprüche auf dieselbe bis zum Tode des Letztern von einem Andern nicht erworben worden sei,[3]) haben dagegen andere Juristen und das Reichsgericht angenommen, dass der in der Polize genannte Begünstigte unmittelbar aus der Polize berechtigt werde, wenn bis zum Tode des Versicherungsnehmers eine abweichende Verfügung nicht stattgefunden habe.[4])

Wenn dagegen die Polize auf den Inhaber lautet oder auf die Erben, oder wenn gar kein Begünstigter genannt worden ist, sondern nach dem Wortlaut der Polize die Versicherungssumme der Verfügung des Versicherungsnehmers vorbehalten bleibt, dann gehört dieselbe zum Nachlass und in Folge dessen auch zu einer allfälligen Gantmasse und dient zur Befriedigung der Gläubiger.

Keine Uebereinstimmung herrscht über die Frage, ob die Polize auch dann auf eine bestimmte Person laute, wenn sie zu Gunsten „der überlebenden Ehefrau und der Kinder", der „Familie" errichtet worden ist. Ein Dresdener Urtheil vom 18. Dezember 1866,[5]) schied die Versicherungssumme zu Gunsten der „Frau und Kinder" von dem Nachlasse aus. Ein Münchener Urtheil dagegen vom 11. Juni 1870[6]) erklärte dieselbe als Bestandtheil der Masse, weil zu Lebzeiten des Versicherten nicht zu Gunsten einer bestimmten Person, sondern der überlebenden Kinder verfügt worden war.

Uebereinstimmung herrscht dagegen darüber, dass die Versicherungssumme zum Nachlass gehört, wenn als Begünstigte die Erben genannt sind.[7])

Da aus dem Versicherungsvertrag nur der Versicherungsnehmer selbst berechtigt wird und seine Universalrechtsnachfolger, so muss es aus der Polize

---

[2]) Windscheid II § 316. Entsch. d. R.G. I S. 1908, 379 d. O.H.G. XXIII S. 158 ff. Wolf in Zeitschr. f. H.R. XII S. 169 ff. Malss, Zeitschr. f. Vers.R. II 423 ff. König in Zeitschr. des Bern. J.V. XI 297. Puchelt in s. Zeitschr. für franz. R. VIII S. 124. Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages, Gutachten von Malss & Elster I 141 u. 200 und Verhandlungen II 101.

[3]) Preuss. Ob.Trib.Entsch. Bd. 71 S. 1. Dernburg II 640, Hinrichs S. 415, Gruchot, Beiträge Bd. XXV S. 1.

[4]) R.G.Entsch. I 188 ff., 379. Förster, Priv.R. 4. Aufl. I S. 494. Entsch. des O.H.G. III 339 ff.

[5]) Hartmann, Zentralorgan N. S. VI § 295.

[6]) Seufferts Arch. XXVI Nr. 177.

[7]) Appellationshof zu Köln 4. Dezbr. 1867. Zeitschr. für H.R. XIII 496. Preuss. Ob.Trib. 18. Juli 1865 u. 6. Mai 1866. C. c. 497. O.R.G. zu München vom 29. Januar 1869 Seufferts Arch. XXVI Nr. 178.

deutlich ersichtlich sein, wenn eine dritte Person, die nicht zu diesen Rechtsnachfolgern gehört, ein Recht auf die Versicherungssumme soll geltend machen können. Die überlebende Ehegattin ist nun nach einigen Gesetzen Erbin, entweder mit Ausschluss der Kinder oder in Gemeinschaft mit denselben, nach andern ist sie es nicht; dagegen können Kinder nur durch Enterbung ausgeschlossen werden. Wenn daher Frau und Kinder als Begünstigte bezeichnet werden, so sind darunter die Erben gemeint und die Wirkungen müssen die gleichen sein, werde dieser oder jener Ausdruck gebraucht. Gleichbedeutend mit dem Ausdruck „Familie", „Frau und Kinder" ist auch der oft gebrauchte „die Hinterbliebenen"; hierunter sind nicht die erbberechtigten Verwandten überhaupt gemeint, sondern nur die Familie im engern Sinne, mit Ausschluss von Ascendenten und Kollateralen. Ist dagegen die Frau nicht gesetzliche Erbin, so ist sie auch unter dem Ausdruck Erben nicht mitverstanden, sondern ist ihnen gegenüber eine dritte Person, welche als überlebende Ehefrau hinlänglich bezeichnet ist.[8]) Auch in andern Fällen wird das verwandtschaftliche Verhältniss berücksichtigt und den Erben ein Recht eingeräumt, welches Dritten eingeräumt wird, nämlich dann, wenn an einer Polize von Dritten Rechte erworben worden sind, und der Versicherungsnehmer macht sie durch Selbstmord hinfällig.

Malss[9]) behauptet nachgewiesen zu haben, dass sich in Frankreich, Belgien, England und zum Theil in Amerika aus der Initiative der Gerichte die nunmehr als feststehend zu betrachtende Lehre gebildet habe, dass der Benefiziar der Polize ein selbständiges Recht auf die Versicherungssumme habe und dass diese letztere keinen Theil des Nachlasses des Versicherten bilde. Auch Stobbe scheint diese Ansicht zu theilen,[10]) allein mit Unrecht.

Nach der französischen Rechtsprechung, wie sie sich in den letzten Jahren ausgebildet hat, gehört die Versicherungssumme immer zum Nachlass resp. zur Masse des Versicherungsnehmers, wenn der Benefiziar nicht eine deutlich und namentlich bestimmte Person ist. Eine solche ist aber dann nicht vorhanden, wenn als Begünstigte von dem Versicherungsnehmer bezeichnet sind „ses enfants", „ses héritiers", „ses ayant droit", denn solche Personen sind nach französischer Rechtsprechung des personnes indéterminées.[11])

---

[8]) Nach franz. Recht ist die zu Gunsten der Frau gemachte Stipulation ebenfalls eine solche zu Gunsten einer personne déterminée. Cour de Nimes v. 25. Febr. 1880.

[9]) Zeitschr. f. H.R. XIII 495.

[10]) Deutsches P.R. III S. 370 Note.

[11]) Zeitschr. f. H.R. XXIV S. 581. Couteau C. c. II 487. Molineau, Jurisprudence p. 140—146. Herbault p. 214. Jurisprudence générale s. v. „Vie". Ueber die frühere Praxis-Pouget, les successions ou du bénéfice de l'assurance sur la vie, Paris 1869. — Zum Beweise citiren wir aus einer Reihe von Urtheilen dasjenige des Kassationshofes vom 7. Februar 1877.

Lebel hatte eine Versicherung genommen zu seinen Gunsten für den Fall, dass er das fünfzigste Altersjahr erreichen würde und zu Gunsten seiner Kinder oder in Ermangelung solcher seiner anderweitigen Erben oder Rechtsnachfolger, wenn er vorher sterben sollte. Er starb vorher, und gegenüber den Gläubigern wurde das Recht der Kinder anerkannt. Das

Ist in der Polize die Ehefrau bezeichnet, so gilt sie als eine bestimmte Person, es ist aber darunter diejenige Ehefrau verstanden, welche vorhanden ist bei Abschluss des Vertrags, nicht etwa eine zweite Ehefrau. Mit Bezug auf die Kinder ist die Rechtsprechung keine ganz feststehende. Noch nicht geborene Kinder sind unbestimmte Personen, ebenso Kinder im allgemeinen, weil nicht sicher ist, ob und welche den Tod des Versicherungsnehmers erleben und deshalb werden sie als unbestimmte Personen behandelt. Sind da-

Urtheil wurde vom Kassationshof kassirt unter Annahme folgender Motive: Attendu que le stipulant avait sans doute, la faculté de conférer à un tiers le bénéfice eventuel du contract, mais à la condition expresse de faire cette attribution en profit d'une personne ou des personnes déterminées; Attendu que dans l'éspèce l'attribution du capital assuré a été faite aux enfants, héritiers ou ayant droit, par une disposition commune et conçue en termes identiques; Que si l'indication des enfants, placée en première ligne, peut révéler de la part du stipulant une pensée principale correspondante à l'ordre de ses affections, elle ne saurait changer, en ce qui les concerne la nature et le caractère de la disposition; Que les bénéficiaires appelés sont ceux qui existeront a l'époque du décès du stipulant; D'où il suit que la disposition est, même à l'égard des enfants, au profit des personnes futurs ou encore incertaines. Gestützt auf diese Motive wurde die Streitfrage durch Urtheil des Gerichtshofes von Amiens vom 19. Dezember 1877 im Sinne des Kassationshofes entschieden unter Zugrundelegung folgender Motive: L'assuré peut dans les termes de l'article 1121. C. c. stipuler au profit d'un tiers, mais à condition que la stipulation soit claire, précise et formelle, et qu'elle soit faite au profit de personnes déterminées et absolument certaines.

L'assuré qui a designé ses enfants comme bénéficiaires du contrat doit être considéré comme ayant fait une disposition au profit de personnes incertaines.

Le montant de l'assurance fait partie de la succession de l'assuré et forme par voie de conséquence le gage de ses créanciers qui ont le droit de le frapper de saisie arrêt.

Gegen diesen Entscheid wurde aufs Neue der Kassationsrekurs ergriffen, vom Kassationshof aber verworfen. Derselbe erklärte: Le bénéfice de la police d'assurance sur la vie, portant qu'une certaine somme sera payée à l'assuré, s'il atteint un âge déterminé et, en cas de décès même avant cet âge, à ses enfants et à défaut d'enfants à ses héritiers ou ayants droit, fait partie de la succession. Motifs:

Attendu que Lebel avait sans doute la faculté de conférer à un tiers le bénéfice du contrat mais à la condition expresse de faire cette attribution au profit de personnes déterminées.

Attendu que si la vocation des enfants placés en première ligne suit l'ordre des affections du disposant, il n'en est pas moins évident que les bénéficiaires de l'assurance sont les enfants, héritiers ou ayants droits, qui peuvent exister à l'époque du décès de Lebel, d'où il suit d'une part, que cette disposition indistinctement est faite, même à l'égard des enfants, au profit des personnes méritoires, et d'autre part, que les appelés, quels qu'ils soient, ne peuvent en bénéficier qu'en vertu de la vocation héréditaire qui ne saurait nuire aux droits des créanciers. Couteau II 480. Jurispr. générale I 224 ff.

In diesem Sinne sind noch verschiedene Urtheile gefällt und von dem Kassationshofe aufrecht erhalten worden. Der neueste französische Bearbeiter der Lehre von der Lebensversicherung fasst daher den Stand der gegenwärtigen französischen Jurisprudenz in folgenden Satz zusammen: Ainsi la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée. Elle considère, lorsqu'il n'y a pas de désignation formelle d'une personne déterminée, que le capital assuré fait partie de la succession. Couteau II 487. Ebenso spricht sich Herbault aus: Pour nous résumer nous dirons: lorsque la police d'assurance porte que le stipulant s'est assuré au profit de „ses héritiers," „ses ayants droit," „ses héritiers et ses ayants droit,"

gegen bestimmte Kinder begünstigt, z. B. meine beiden Kinder, oder namentlich genannte Kinder, so bildet die Versicherungssumme keinen Bestandtheil der Verlassenschaft.

Werden nur die **Erben** als Begünstigte bezeichnet, so wurde früher vielfach angenommen, es seien darunter diejenigen Personen zu verstehen, welche das Gesetz als Erben berufen würde, ohne Rücksicht darauf, ob sie die Erbschaft annehmen oder ausschlagen. Dieser Auffassung hat aber der französische Kassationshof durch die Entscheidungen vom 7. Februar 1872 und 15. Dezember 1873[12]) ein Ende gemacht, und auch die preussischen Gerichtshöfe haben entschieden, dass in der Bezeichnung „Erben" sich nichts weiter ausspräche, als dass die Versicherungssumme nach dem Recht der Erbfolge den Erben auffallen solle, somit die Versicherungssumme zum Nachlass des Versicherungsnehmers gehöre.[13])

Nach **amerikanischem** Recht werden die Polizen regelmässig ausgestellt, „to pay to the said assured, his executors, administrators, or assigns", und für die beiden letztern Bezeichnungen, und beide umfassend, wird auch der Ausdruck „representatives" gebraucht. In diesem Falle, oder wenn die Polize zahlbar gestellt ist,[14]) „to his heirs or representatives", kann die Versicherungssumme nur an den Testamentsexekutor oder Vermögensverwalter bezahlt werden als ein Bestandtheil des Nachlasses. Ist die Polize zu Gunsten einer bestimmten Person gestellt oder auf eine solche übertragen worden, so gehört die Versicherungssumme nicht zum Nachlass, sondern zum Vermögen der bezeichneten Person, entweder vollständig oder bis zum Belaufe ihres Interesses. Die Versicherung kann auch von der Ehefrau auf das Ableben des Ehemannes oder von dem letztern auf sein eigenes Leben zu Gunsten der Frau genommen werden und es ist in diesem Fall die Versicherungssumme an sie zu bezahlen, auch wenn die Prämien aus dem Vermögen des Ehemannes bezahlt worden sind. Indessen dürfen nach den Gesetzgebungen einiger Staaten die Prämien einen bestimmten Betrag nicht übersteigen, während in andern eine solche Beschränkung nicht besteht. Ein allfälliger Ueberschuss kommt den Gläubigern zu Gute.[15])

Das Nämliche gilt mit Bezug auf die Kinder, welche an dem Leben des Vaters ebenfalls ein versicherbares Interesse haben; die Gesetzgebung von Jowa

---

ses enfants, qui sont aussi ses héritiers et ses ayants droit, ne peuvent prétendre à la somme assurée que jure hereditario et non pas jure proprio. Ils n'y ont droit qu'en qualité d'héritiers, et non pas à titre de donataires. La somme assurée fait partie de la succession du de cujus de l'assuré. Ainsi le veut la loi. Herbault C. c. p. 214. Mornard, Du contrat d'ass. s. l. vie p. 220 ff.

[12]) Jurisp. générale I 129, 148 ff. 224 Note.

[13]) Rhein. A.Hof zu Cöln 4. Dezbr. 1867. O.Trib. v. 6. Mai 1866. O.A.G. zu München 29. Januar 1869 Seufferts Arch. XXVI Nr. 178. Puchelt, Zeitschr. für franz. Recht VII 59 ff., 143 ff., 150 ff., VII 228, IV 5, 521.

[14]) Legal representatives and personal representatives in the general or professional sens, mean simply executers or administrators. Bliss S. 520.

[15]) Bliss S. 338 u. 527 ff.

erklärt sogar den Ehemann oder die Ehefrau und die Kinder, mit Ausschluss der Gläubiger, als allein auf die Versicherungssumme berechtigt, wenn Jemand Versicherung auf sein eigenes Leben nimmt, ohne einen Dritten als zum Empfang berechtigt zu bezeichnen.[16])

Nach **englischem** Recht ist die Versicherungssumme entweder den Testamentsexekutoren oder dem Vermögensverwalter des Versicherten auszuzahlen. Liegt er zu dieser Zeit im Konkurs, so gehört die Polize als chose in action (Forderungsrecht) in die Masse. Ist die Polize auf einen bestimmten Namen gestellt, so ist der Betreffende zum Empfang berechtigt. Die Ehefrau ist auch berechtigt, eine Versicherung zu nehmen auf den Tod ihres Ehemannes und es kann die betreffende Summe nicht für Schulden des Ehemannes in Anspruch genommen werden. Ebenso kann der Ehemann sein Leben versichern zu Gunsten seiner Frau und seiner Kinder oder einzelner von ihnen, und wenn dies in der Polize deutlich ausgesprochen ist, so erlangen Frau und Kinder oder Frau oder Kinder sofort ein Recht aus der Polize, welches ihnen weder durch den Versicherungsnehmer noch durch die Gläubiger entzogen oder geschmälert werden kann. Wenn aber der Vertrag zu Benachtheiligung der Gläubiger abgeschlossen worden ist und die Prämien aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers bezahlt worden sind, dann sind sie berechtigt, eine den bezahlten Prämien gleichkommende Summe in Anspruch zu nehmen.[17])

Ein Ehemann kann sein eigenes Leben zu Gunsten von Frau und Kindern versichern oder eine Polize auf dieselben durch Indossament übertragen, wodurch sie sofort eine bestimmte Anwartschaft erlangen mit Ausschluss der Gläubiger.[18])

---

[16]) Bliss l. c. S. 527. Kent. Commentaires III §§ 368 u. 369.

[17]) Married Womens Property act. 33 u. 34. Vict. Cap. 93. Sect 10 (9. August 1870) u. 45 u. 46 Vict. c. 75 sect. 11. ed. Smith S. 71 ff. Williams Principles of the Law of Personal Property p. 187. Canada. Statut für die Provinz Ontario 35. Vict. c. 16.

[18]) Ebenso für Canada 29. Vict. c. 17. Clarke S. 346 ff.

Abschnitt 11.

Die Kreditgeschäfte.

(Bearbeitet von Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg und theilweise, II. D. und E. von Professor Dr. Grünhut zu Wien.)

I. Einleitung.

§ 426.

I. Die Kreditgeschäfte bedürfen keineswegs sämmtlich einer besonderen Darstellung in einem Lehrbuch des Handelsrechtes. Sie folgen zum bei weitem grössten Theile auch im Handelsverkehr den Regeln, die das Civilrecht für die verschiedenen Verträge mit hinausgeschobener Erfüllung aufstellt, mit denjenigen Modifikationen, welche die allgemeinen Grundsätze über Handelsgeschäfte mit sich bringen. An dieser Stelle sei nur an zwei Prinzipien erinnert:

1. an das Prinzip der Entgeltlichkeit, das ganz besonders für die kaufmännische Kreditgewährung gilt (oben II, § 252),

2. an das Prinzip, dass im kaufmännischen Verkehr bei jedem nicht sofort zur Ausführung gelangenden Kreditgeschäft die Verbindlichkeit der Kreditzusage das Fortbestehen der Kreditwürdigkeit zur selbstverständlichen Voraussetzung hat (oben II § 243 Not. 14).

II. Ein Theil der wichtigen Kreditgeschäfte sind schon an anderer Stelle dieses Handbuches dargestellt worden: so der Kreditkauf, der Pränumerationskauf, die Börsenkreditgeschäfte, die Lotteriegeschäfte, die Kreditgeschäfte des Kommissionärs. Auch die bedeutsame Gruppe von Kreditgeschäften, bei welchen die Sicherung der hinausgeschobenen Erfüllung durch Einsetzung fremden Kredits erfolgt, ist bereits § 256 VI zur Darstellung gelangt.

Es bleiben daher hier nur noch darzustellen:

A. das Darlehn, sowie die Anleihe und das Emissionsgeschäft,

B. das Zettelgeschäft,

C. das Depositengeschäft,

D. der offene Kredit,

E. das Kontokorrentgeschäft,

F. die Geschäfte, welche dingliche Sicherung der hinausgeschobenen Erfüllung durch Pfand bezwecken: Pfandkreditgeschäfte, insbesondere Depotgeschäft, Lombardgeschäft und Pfandleihe.

II. Arten der Kreditgeschäfte.

A. Darlehns- und Anleihegeschäft.

§ 427.

1. Darlehn.[1]) — Vorschuss. — Diskontogeschäft.

I. Das Darlehnsgeschäft ist die vertragsmässige Uebertragung vertretbarer[2]) Sachen aus dem Vermögen des Darlehnsgebers in das Vermögen[3]) des Darlehns-

---

[1]) Literatur: Marquard II c. 8 Nr. 26—67; Martens §§ 17, Heise § 17 u. 83, Bender § 114, Pöhls §§ 91, 92, Morstadt § 17 C, Brinckmann § 123, Gad § 150, Endemann § 138, Thöl § 296, Gareis § 72. — Frémery c. 13 p. 71—83, Pardessus I Nr. 468 ff., Massé IV 2667—2670, Alauzet II Nr. 617. Vidari V 2573, Sampajo I p. 182 ff. — Lattes, il dir. comm. § 14. — Zeitschr. f. H.R. IV p. 30 ff., 47 ff., 191 ff. (Endemann), XII p. 337 ff. (Rösler). — Protokolle p. 423 ff., 1279, 1318 ff.

Windscheid §§ 370—373, Brinz § 296, Holzschuher III p. 502—530. — Heimbach, Lehre vom Creditum. Huschke, Die Lehre des R.R. vom Darlehn (1882) u. dazu Brinz in d. Kr.V.J. S. XXV p. 184 ff. — Gruchot, Glossen in seinen Beiträgen XII p. 641—797, XIII p. 221 ff.

Gengler, Lehrbuch §§ 28 u. 116, Mittermaier § 562, Stobbe § 190. Mandry §§ 37, 41, 44. — Neumann, Gesch. des Wuchers, Endemann, Studien I p. 9—79.

Troplong, Droit civil, XIV, Du prêt; Pont, Explic. du C. Nap.; des petits contrats I 1863 p. 1—165; Laurent XXVI p. 745 ff.

Koch, Recht der Forderungen III p. 231, 299—346, Förter-Eccius II § 137, Dernburg II §§ 176—179. — Storch, Der heutige, insbes. landrechtl. Darlehnsvertrag 1878. — Schmidt, Vorles. über sächs. Privatr. I § 115, Siebenhaar, Lehrb. des sächs. Privatr. §§ 297, 359—363.

v. Völderndorff, Darl. in Werthpapieren (in Bl. für Rechtsanwendung XXV (1860) p. 305—311, 323—326, Kuntze, Inhaberpap. p. 695 ff., Schlossmann in Grünhuts Zeitschr. IX p. 504 ff. — Demelius im Jahrb. f. Dogm. III p. 408, Unger ebendas. VIII p. 1 ff., Kohler, Annalen der Bad.-Gerichte 1875 p. 242, Ges.Abhdlgn. 1883 I p. 26, 41, 44 ff., Baehr, Anerkennung 2. Aufl. p. 159 ff., 165 ff., 255 ff., 325 ff., v. Salpius, Novation u. Delegat. p. 314—336. Eisele in Zeitschr. f. Schweizer. Recht XXV (1884) p. 1 ff.

Dankwardt, National-Oekon. u. Jurisprudenz Heft 2 p. 15 ff., 31—35. Knies, Geld p. 72 ff., Kredit I p. 10 ff., II p. 7 ff., Tübinger Zeitschr. XI p. 476—568, Die wirthschaftliche Natur des Darlehns (Kumpf), XVI p. 175 ff. (Knies).

Zeh, praes. Ludewig, differ. jur. Rom. et Germ. in mutuo, im Anlehen, 1715 Hal.

[2]) Vgl. unten Not. 94, auch 42.

[3]) Nicht gerade unmittelbar aus dem Eigenthum in das Eigenthum. Vgl. Keller, Pand. § 295, Striethorst, Arch. 67 p. 157 (30. April 1867) (bei Gruchot p. 672),

nehmers gegen das Versprechen der späteren Zurückgabe einer gleichen Quantität von Sachen derselben Art.

Diese Begriffsbestimmung gilt nicht nur für das Civil-, sondern auch für das Handelsrecht.[4]) Dies ist freilich nicht unbestritten. Insbesondere schreiben hervorragende französische Rechtslehrer[5]) und einige ausländische Gesetzbücher[6]) dem handelsrechtlichen Darlehn eine viel umfassendere Bedeutung zu und bezeichnen als Darlehn jeden Vertrag,[7]) dem eine Geld- oder Fungibilienschuld entspringt, wie Kreditkauf,[8]) Diskontgeschäft,[9]) Kontokorrent.[10]) Zu dieser Verwechslung von Darlehnsschuld und Geldschuld hat vielleicht der Umstand Anlass gegeben, dass im Handel Darlehen mit fikticischer datio besonders häufig sind,[10a]) und dass der Kaufmann nicht nur für seine Darlehen, sondern auch für

Schlossmann p 531 und jetzt besonders Huschke p. 8—15. Brinz § 296: Uebereignung, „doch kommt mehr auf den Erfolg, als auf das Mittel an."

⁴) Thöl § 296 am Eingang und bei Not. 13. Alauzet II Nr. 617. Vidari V Nr. 2573. Endemann § 138. Brinkmann-Endemann § 123 Not. 1 u. 2.

⁵) Pardessus Nr. 469. „Nous comprenons, sous le nom générique de prêt, tout engagement qui, quelle qu'en soit la cause, est de nature à créer une dette payable en monnaie ou en autres choses fongibles. En effet, lorsque des commerçants font entre eux un compte de leur situation réciproque, par suite de fournitures de marchandises, de droits de commission, etc., ou dans tous autres cas semblables, si celui qui doit par le résultat de ce réglement, ne solde pas en effectif, il se reconnait débiteur, de la même manière que s'il avait réellement emprunté." Massé IV Nr. 2668. „Mais en matière commerciale, le prêt a une signification plus étendue; il s'entend de tout fait (!) ou engagement qui est de nature, quelle qu'en soit la cause, à créer une dette payable en monnaie ou autre chose fongible .... Il suffit, qu'il y ait eu entre eux une opération commerciale liquidée, qui ait constitué l'un débiteur de l'autre. Ainsi, il y a un prêt au fond de toute vente à crédit ...."

Die Definition von Pardessus ist auch in das Dictionaire de droit commerc. contentieux von Devilleneuve u. Massé p. 568 s. v. prêt Nr. 4 übergegangen.

⁶) Argent. 700 (fast wörtlich gleichlautend der Masséschen Definition): „Das Handelsdarlehn ist jede Handlung (!) oder jede Verpflichtung, welche aus irgend einer Ursache eine in baarem Gelde oder in einer anderen vertretbaren Sache zahlbare Schuld erzeugt." Gegen diese Definition auch Frz. Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. VI p. 139; nach Letzterem wäre es richtiger gewesen, mit dem Portug. C. d. c. 274 zu sagen, dass jeder Vertrag, wodurch eine Geldschuld entstehe, einen Darlehnsvertrag in sich schliesse. Dass aber auch die portug. Bestimmung „unrichtig und unweise", lehrt mit Recht Thöl § 296 Not. 14 (vgl. oben II p. 355).

Etwas minder inkorrekt als Argentina bestimmt H.G.B. von Chile 806: „Die Rechnungssaldos von Handlungsgeschäften oder Vorschüsse, welche Handelsoperationen betreffen, werden als wirkliche (?) Darlehen angesehen und als solche nach den Bestimmungen dieses Titels behandelt."

⁷) Nach Massé u. dem H.G.B. von Argentina sogar jede Handlung; hiernach wäre aber auch ein Delikt, das eine Geldentschädigungspflicht erzeugt, ein — Darlehn!

⁸) Massé oben Not. 5 a. E.; vgl. auch oben II p. 358 Not. 23 a.

⁹) Massé 2668 Not. 1 p. 498; vgl. unten bei Not. 171 ff.

¹⁰) Massé 2274 u. 2668 Not. 5 p. 497, Pardessus Nr. 475. Gegen die Auffassung des Kontokorrents als Darlehn Grünhut in seiner Zeitschr. III p. 499 Not. 75 und die dort Citirten, sowie Vidari V Nr. 2573, Levy-Riesser p. 27 ff., 71 ff.

¹⁰ᵃ) Vgl. unten bei Not. 92.

seine anderen Kreditleistungen Entgelt fordert.[11]) Mit dieser Gleichstellung bezüglich gewisser Wirkungen verschiedener Geschäfte sind aber die Geschäfte selbst nicht begrifflich verschmolzen. Auch das kann nicht zu Gunsten jener Auffassung entscheiden, dass im Verkehr das Wort Darlehn vielfach zur Verhüllung von Forderungen aus anderen Rechtsgeschäften benutzt und besonders häufig in Fällen des abstrakten Schuldversprechens gebraucht wird; irrige Bezeichnung vermag so wenig, wie Simulation den Karakter eines Rechtsgeschäfts zu alteriren. Jener inkorrekte Sprachgebrauch beschränkt sich übrigens auch keineswegs bloss auf das Handelsrecht, begegnet vielmehr mindestens eben so vielfach in civilrechtlichen Schuldverhältnissen.[12])

Von anderer Seite wird zwar anerkannt, dass das Darlehn des Handelsverkehrs im Ganzen unter die gewöhnlichen civilrechtlichen Bestimmungen des Mutuum falle, immerhin aber hervorgehoben, dass **namentlich im Handelsverkehr** sich nicht selten die Vorstellung geltend mache, dass der **Werth** und nicht die körperlichen Gegenstände das eigentliche Objekt bilde.[13]) Da diese Vorstellung irrig,[14]) so kann aus ihr für die Begriffsbestimmung keine Folgerung abgeleitet werden.

Abzuweisen ist endlich die vielfach wiederkehrende Behauptung, dass ein wirkliches Darlehn in der Gegenwart zwischen Kaufleuten überhaupt nicht oder doch nur höchst selten vorkomme,[15]) oder dass es gar für den Handel ganz unbrauchbar sei.[16]) Richtig ist es allerdings, dass der Grosshandel das einfache, ungedeckte Gelddarlehn minder begünstigt, dass er lieber durch andere Geschäfte (Kontokorrentverhältnisse, Wechselgeschäfte) dem Kapitalsbedürfniss genügt, dass auch anstatt der Restitution in Geld oft von vornherein die Tilgung durch Werthpapiere, Wechsel, Checks zugelassen wird. Immerhin aber hat auch das reine Darlehnsgeschäft noch heut, wie die zahlreichen zur Entscheidung gelangten Fälle beweisen, für den Handel erhebliche Bedeutung; ist doch auch das Lombardgeschäft selbst nichts anderes, als ein durch Pfandbestellung gesichertes Darlehn.

II. Wenngleich der civil- und der handelsrechtliche Begriff des Darlehns der gleiche, so hat doch schon das römische Recht die Darlehen der Gewerb-

---

[11]) Wenigstens bezeichnen die Vertreter des kanonischen Wucherverbots gerade um der Kreditvergütung willen jeden Vertrag, durch welchen propter anticipatam resp. dilatam solutionem weniger resp. mehr als das justum pretium gegeben wird, als ein mutuum velatum seu palliatum, z. B. den Kreditkauf etc. Vgl. Scaccia § 1 qu. 7 par. 1 n. 24, Endemann, Studien II p. 363.

[12]) Baehr p. 275, 279, 296 Not. 9, Besprech. der Urth. d. R.G. p. 23 ff. Dernburg II § 15 Not. 4, Regelsberger oben II p. 485, 490.

[13]) Brinckmann-Endemann bei Not. 3.

[14]) Goldschmidt II § 61 Not. 32, § 64 Not. 57.

[15]) Heise § 17, Morstadt p. 34, Bender § 114.

[16]) So Levy-Riesser p. 71. — Stadtger. Berlin 1866 (Busch IX p. 160). „Das civilrechtliche Darlehn ist seiner ganzen Natur nach kein Handelsgeschäft und steht auch an sich mit dem Handelsverkehr nicht in Verbindung.“

treibenden,[17]) insbesondere der argentarii[18]) bezüglich der Form der Zinsabrede[19]) und der Höhe des Zinssatzes[20]) privilegirt, ganz abgesehen von der besonderen Ausbildung des Seedarlehns.[21]) Im Mittelalter stand das kanonische Zinsverbot der Anwendung des Darlehnsgeschäfts vielfach entgegen;[22]) das Bedürfniss der Kapitalsanlage mussten andere Rechtsinstitute, besonders die commenda, das cambium und recambium, das depositum irregulare, der Rentenvertrag, der Rückkauf und Rückverkauf, der Vertrag goder' à godere u. a. m. befriedigen.[23]) Dem Bedürfnisse des Handels gegenüber vermochte sich jedoch das kirchliche Verbot nicht auf die Dauer zu erhalten.[24]) Es entwickelte sich eine Unterscheidung des zinslosen mutuum de jure civili und des mutuum in curia mercatorum.[25]) Letzterem wurde nicht nur Verzinslichkeit, selbst zu Zinseszins,[26]) sondern auch eine Anzahl weiterer Privilegien, insbesondere Vorzugsrecht im Konkurse[27]) und Ausschluss der exceptio S.C. Macedoniani[28]) beigelegt.

Von den modernen[29]) Handelsgesetzgebungen haben einige südeuropäische[30]) und amerikanische[31]) den Begriff eines spezifisch handelsrechtlichen Darlehns

---

[17]) c. 26 § 1 C IV, 32, Gengler p. 154, Knies p. 332.

[18]) N. 136 c. IV u. V § 1. Heimbach p. 481, Kraut, De argent p. 130, Levy-Riesser p. 57 Not. 3.

[19]) Für die Zinsabrede des Bankiers genügt nudum pactum.

[20]) 8 % werden nicht nur gestattet, sondern bei Darlehen der argentarii sogar praesumirt, „si hoc solum scriptum esset, mutuum sub usuris contractum."

[21]) Huschke p. 222 ff., sowie jetzt IV p. 235 ff. dies. Handbuchs (Schröder).

[22]) Lastig in Zeitschr. f. H.R. XXIV p. 419, 421. Daher auch die Dürftigkeit vieler ital. Kaufmanns-Statuten bez. des mutuum. Lattes p. 147. Vgl. besonders Endemann, Studien II p. 367 ff., wo auch die statthaften Ausnahmen des kanon. Verbots verzeichnet sind.

[23]) Endemann, Studien, besonders I p. 261, 361, 411 u. 425 ff. II p. 94, 107, 339, 360 ff., Lattes p. 147, 149, 151 Not. 4, 209; Troplong, préface p. 127 ff., Silberschmidt, Die Commenda in ihrer früheren Entwickelung, 1884, besonders p. 30. Zeitschr. . H.R. III p. 595 (Fick).

[24]) Die Ausnahmen, die selbst die korrektesten Anhänger des kanonischen Verbotes, zumal Scaccia, zuliessen, § 1 qu. I n. 408—454 u. qu. VII p. 2 ampl. 10 n. 85, bei Endemann, Studien II p. 366—377. Vgl. auch das Statut. Mercantiae florent. a. 1312 bei Lastig, Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 143 ff. („pro dono, lucro seu remuneratione dampnorum, expensarum et interesse").

[25]) Marquard II c. 8 n. 21—67 u. III c. 8 n. 60.

[26]) Marquard II c. 8 n. 53. Vgl. auch Gengler p. 154.

[27]) Marquard II c. 8 n. 31. Vgl. indess auch Bender § 114, Pöhls § 91 a. E.

[28]) Marquard III c. 8 n. 60. Vgl. auch unten Not. 69.

[29]) Aeltere gesetzliche Bestimmungen bei Goldschmidt § 57 Not 29, Lattes p. 151 Not. 2 (Lucca 1559), auch Stobbe Not. 32, Mittermaier Not. 3, Pöhls § 91 Not. 2 u. 4, § 92 Not. 1. — Ueber die Entwürfe Würtembergs 390—403 (Motive p. 354—360), Preussens (Mot. p. 112) und des R.H.G.B. 1848 (Mot. p. 24) vgl. Goldschmidt a. a. O.

[30]) Span. 387—404, Portug. 700—720.

[31]) Argent. 700—720 (vgl. oben Not. 6), Brasil. 247—255, Bolivia 335—341, Chile 795—806 (vgl. oben Not. 6); ferner fast sämmtliche central-amerik. H.G.Bücher (vgl. Oskar Borchardt, Die Handelsgesetze des Erdballes, Einl. p. XXI) bes. Cundinamarca 350 ff., Costa-Rica 344 ff., Guatemala 376 ff.

aufgestellt[31a]) und in besonderen Abschnitten, wenn auch nicht erschöpfend, doch zusammenhängend geregelt. Ein entsprechender Abschnitt fehlt im französischen, belgischen,[32]) italienischen und auch im deutschen H.G.B. Es finden sich im letzteren — vom Seedarlehn abgesehen — vielmehr nur vier Artikel eingestreut, in denen das Darlehn,[33]) sowie etliche wenige Artikel, in denen der Vorschuss[34]) erwähnt ist.

Gleichwohl besteht auch nach dem deutschen H.G.B. ein freilich nur sehr wenig vom Civilrecht abweichendes **Sonderrecht**[35]) und zwar einerseits für das **kaufmännische**, andrerseits für das **handelsgeschäftliche** Darlehn.

Das Darlehn ist ein **kaufmännisches**, wenn einer der Kontrahenten oder beide Kaufmannseigenschaft besitzen. Ist der Geber Kaufmann, so kann es als **aktiv**-kaufmännisches, ist der Nehmer Kaufmann, als **passiv**-kaufmännisches, sind beide Theile Kaufleute, als beiderseitig kaufmännisches Darlehn bezeichnet werden.

Das Darlehn ist ein **handelsgeschäftliches**, wenn das Geben oder Nehmen den Voraussetzungen der Art. 271—274 entspricht (vgl. sub III).

Die Begriffe des kaufmännischen und des handelsgeschäftlichen Darlehns decken sich nicht: nicht jedes Darlehn des Kaufmanns hat den Karakter des Handelsgeschäfts;[36]) auch das Darlehn des Nichtkaufmanns kann ein Handelsgeschäft sein.[37])

Für das **handelsgeschäftliche** Darlehn, es sei kaufmännisch oder nicht, kommen die Bestimmungen des H.G.B. über Handelsgeschäfte, soweit sie nicht durch ihre Natur unanwendbar sind, eventuell die Handelsgebräuche und erst in deren Ermangelung das Civilrecht zur Anwendung. Nur für das aktiv-**kaufmännische** Darlehn gilt die Spezialbestimmung des Art. 290 S. 2[38]) und nur

---

[31a]) Mindestens muss der Darlehnsnehmer Kaufmann sein; überdies muss das Darlehnsobjekt entweder zu Handelszwecken gegeben worden sein (so in Spanien, Bolivia, Cundinamarca, Costa-Rica, Guatemala, auch nach dem Würtemb. Entw. 390, vgl. dagegen preuss. Entw. Motive zu Art. 223) oder doch als zum Gebrauch im Handel bestimmt gelten (so in Portugal, Brasilien, Argentina). Vgl. auch Goldschmidt a. a. O. u. unten Not. 44.

[32]) Das belgische Spezialges. vom 5. Mai 1865 betr. das verzinsliche Darlehn (O. Borchardt I p. 409) bezieht sich nicht bloss auf das handelsrechtliche Darlehn und betrifft übrigens nur die Zinshöhe. Das Schweizer Obl.R. Art. 330 unterscheidet das Darlehn im gewöhnlichen Verkehr vom Darlehn im kaufmännischen Verkehr, jedoch nur in Betreff der Verzinslichkeit.

[33]) Art. 47, 290, 292, 374. Thöl § 296 Not. 1. Vgl. oben I p. 293, II p. 88 u. 498, III p. 217.

[34]) Art. 93, 369, 382, 411. — Franz. C. d. c. 93 u. 95 (prêts et avances). Ital. C. d. c. 360 (anticipazione). Vgl. unten bei Not. 158 ff.

[35]) Goldschmidt § 57 Not. 29. Thöl § 249 Not. 50 § 296 bei Not. 13. Endemann § 138 schreibt dieser Unterscheidung kaum noch Bedeutung zu.

[36]) Vgl. unten Not. 41.

[37]) Vgl. unten Not. 53.

[38]) Recht auf gesetzliche Zinsen vom Tage der Darlehnsleistung an. Vgl. oben II p. 498.

unter der weiteren Voraussetzung, dass es Handelsgeschäft ist.[39]) Nur für das passiv-**kaufmännische** Darlehn gilt die noch immer praktische[40]) Bestimmung des Art. 292 S. 2, und zwar selbst dann, wenn es offensichtlich **kein** Handelsgeschäft ist.[41])

Für die nicht-handelsgeschäftlichen Darlehen der Kaufleute kommt, — von eben jener Ausnahme des Art. 292 S. 2 abgesehen, — prinzipiell das Civilrecht zur Anwendung.

Ob ein Geschäft überhaupt ein Darlehn ist, ergiebt das bürgerliche Recht,[42]) im Zweifel das bürgerliche Recht des Ortes, an dem zu restituiren ist.

III. 1. Das Darlehn ist **accessorisches** Handelsgeschäft (Art. 273), wenn es ein **Kaufmann** im **Betriebe** des Handelsgewerbes vereinzelt giebt oder nimmt, es müsste denn diese Zugehörigkeit zum Gewerbsbetriebe des Gebers[43]) oder des Nehmers durch die Umstände ausgeschlossen sein.[44]) Darlehnsschuldscheine des Kaufmanns, aus denen nicht das Gegentheil sich ergiebt, sind stets als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet anzusehen.

---

[39]) Puchelt Not. 2 zu A. 290. Dernburg § 37 Not. 11.

[40]) A. M. Fuchsberger zu A. 292 S. 2. Vgl. aber Thöl § 249 Not. 50.

[41]) Thöl § 249 IV, 7, Goldschmidt a. a. O. u. § 43 Not. 34. H.App.G. Nürnberg v. 2. Novbr. 1863 (Busch III p. 125), sowie die Kommentare von Puchelt, Koch Not. 59 u. v. Kräwel Not. 3 zu A. 292. A. M. besonders Hahn II p. 68 § 15 ff. u. p. 115 Not. 2, Behrend p. 134, Keyssner § 2 zu A. 292. Unbestimmt Regelsberger oben II p. 500 Not. 21.

[42]) Vgl. Goldschmidt § 37 bei Not. 11a. Es kommen also die Bestimmungen des H.G.B. (besonders A. 47 S. 2, 292 S. 2) auch bezüglich derjenigen Geschäfte zur Anwendung, die nicht nach gemeinem, wohl aber nach Partikularrecht Darlehen sind, z. B. im Geltungsgebiete des preuss. Landrechts bezüglich der Hingabe nichtfungibler Sachen. Vgl. Not. 94.

[43]) Nach Goldschmidt § 57 Not. 29 u. Endemann (oben I p. 84 Not. 40) ist das vom Kaufmann gegebene Darlehn nicht Hilfsgeschäft, fällt vielmehr stets unter A. 272 Z. 2 u. S. 2. Das trifft indess nicht stets zu; vgl. Behrend p. 134. Unter 272 S. 2 fällt es überhaupt nicht, da S. 2 für vereinzelte, ungewöhnliche Geschäfte des Kaufmanns gelten will, also auch nur für solche vereinzelte, ungewöhnliche Bankiergeschäfte, während doch nur gewerbsmässiges Darlehnsgeben als Bankiergeschäft anzusehen ist. Vgl. bei Not. 49.

[44]) Busch III 125, X 479, XV 161. — XIX 80 ff. („Eine kleine Vorschussleistung für einen nahen Verwandten trägt nicht den Karakter eines zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörigen Vertrags, wenn auch beide Theile Kaufleute sind." Kr.- u. Hofger. Mannheim.) R.O.H.G. I 217, III 367, IV 49, 398, VII 226, XIV 282. — Alauzet II p. 140 Nr. 617 „En règle générale, on considère comme fait en matière commerciale tout prêt consenti par un négociant, soit à un commerçant, soit à un non-commerçant, à moins que les circonstances n'établissent que le prêteur a retiré de son commerce les fonds pour leur donner une destination purement civique. Il en serait de même, de tout prêt, fait par un non-commerçant, soit à un négociant pour son négoce, soit à tout autre, si le prêt est fait pour une opération commerciale. Toutefois, aucune règle ne pouvant être donnée à cet égard, les tribunaux apprécieraient." Pont Nr. 277 „le caractère civil ou commercial se détermine, abstraction faite de la qualité des parties, par la destination de la somme prêtée"; daselbst auch zahlreiche Literaturnachweise über die Kontroverse. Anders Troplong Nr. 362. Nach dem Preuss. Entw. A. 223 sollte jedes Darlehn, dessen Schuldner ein Kaufmann, als kaufmännisches gelten. Vgl. oben Not. 31 a.

2. Es ist relatives Handelsgeschäft, insoweit es **Bankiergeschäft** ist (Art. 272 Z. 2). Bankiergeschäft ist aber

a. jedes **gewerbsmässig** betriebene **Geben** von verzinslichen Darlehen, gleichviel ob die Hingabe gegen Pfand, Hypothek, Wechsel, Schuldschein oder unverbrieft erfolgt,[45]) gleichviel ob der Geber mit fremdem oder nur mit eigenem Kapital wirthschaftet,[46]) gleichviel ob das Darlehn dem Handelsbetriebe[47]) oder der Privatkonsumption des Nehmers zu dienen bestimmt ist, gleichviel endlich, ob sich das „Geschäft in **Formen** bewegt, welche dem **Betriebe** derer, die sich Bankiers nennen, gewöhnlich“[48]) oder ungewöhnlich sind. Was das Darlehnsgeben zum Bankiergeschäfte macht und es genugsam vom zinsbaren Geldausleihen des Kapitalisten trennt, ist der **gewerbsmässige** Betrieb,[49]) m. a. W.[50]) das Ausleihen, bei welchem der Wille nicht auf den Abschluss von gelegentlichen, sondern vielmehr auf den Abschluss einer ganzen Reihe von numerisch im voraus unbestimmten und unbestimmbaren Darlehnsgeschäften gerichtet ist.

b. Das gewerbsmässig betriebene **Nehmen** von Darlehen, dieses jedoch allerdings nur unter der weiteren Beschränkung, dass der Nehmer daneben auch sog. Aktiv-Bankiergeschäfte (Lombard-, Diskont-, aktive Darlehnsgeschäfte) betreibt.[51])

3. Das Darlehnsnehmen kann auch **objektives Grundhandelsgeschäft** sein.

---

[45]) Zeitschr. f. H.R. XX p. 583. (Leihgeschäft z. H.App.G. München 1872.) Endemann oben I p. 71 Not. 34 u. 35. Puchelt, Comm. zu A. 272 Z. 2 p. 19. Anscheinend etwas beschränkter Thöl § 28 Nr. 1c, Goldschmidt § 53 Not. 3 f. u. 4.

[46]) Das R.O.H.G. XXIV p. 36 (6. April 1878) lässt das „dahin gestellt sein.“ Man denke aber nur an eine Aktienbank, die bloss Aktivbankgeschäfte betreibt. Unter den Schriftstellern, „die nur dasjenige Gewerbe als Bankiergewerbe erachten, welches sich auf Geschäfte beider Arten (Aktiv- und Passivgeschäfte) erstreckt“, citirt das R.O.H.G. auch Thöl § 28; doch scheint nach § 28 Not. 2 Thöl entgegengesetzter Meinung. Vgl. übrigens auch Busch XXI p. 101.

[47]) Angedeutet in dem cit. Erk. d. R.O.H.G.

[48]) So Dernburg II § 7 p. 17. Aehnlich R.O.H.G. XXIV p. 35: „es kommt vielmehr nur auf den dem Bankiergewerbe eigenthümlichen Geschäftsbetrieb an.“ Vgl. aber dafür, dass das Darlehn, wenn es nur gewerbsmässig betrieben wird, immer Handelsgeschäft ist, Thöl § 310 vor Not. 7.

[49]) Dagegen nahm das Hofgericht Darmstadt 1866 (Busch X p. 479) an, dass „die Verabfolgung eines Darlehns gegen Entrichtung der gewöhnlichen Zinsen weder im Einzelnen, noch in seiner Vielheit als das Geschäft eines Bankiers angesehen werden könne.“ Vgl. auch Behrend p. 121 und die bei Levy-Riesser p. 71 Not. 1 citirten französischen Rechtslehrer (Troplong, Delamarre u. Le Poitvin, auch Montesquieu: „les banquiers sont faits pour changer de l'argent et non pour en prêter“), aber auch Roscher III p. 281: „Die ältesten Zweige des Bankiergeschäfts, der Geldwechsel und das Verleihen eigenen Capitals gegen Faustpfand“ ... — Den Karakter des Grundhandelsgeschäfts verneinen überhaupt das Kr.G. Wiesbaden 1867 (Busch XVIII p. 82), das Stadt-Ger. Berlin (oben Not. 16) und (in einer Gewerbesteuersache) das preuss. Ob.Trib. (19. Nov. 1875; Entsch. Bd. 73 p. 421, inkorrekt bei Busch XXXVIII p. 227).

[50]) v. Hahn, Art. 4 § 8 Not. 13, Goldschmidt § 43 Not. 12 u. 14, Endemann oben I p. 68.

[51]) Diese Beschränkung ist durch die Natur der Sache geboten; man denke nur an Industrieritter, die gewerbsmässig Darlehen zu ihrem Unterhalt entlocken.

Von dem Seedarlehn abgesehen,[52]) ist dies nur dann der Fall, wenn das Darlehn in der erkennbaren Absicht aufgenommen wird, die empfangenen Fungibilien weiter zu veräussern (Art. 271 Z. 1).[53])

IV. Das Darlehnsgeschäft wird von vielen Schriftstellern[54]) für ein Kommodat, resp. im Falle der Verzinslichkeit für einen Miethsvertrag erklärt. Allerdings besteht **sprachlich** eine nahe Verwandtschaft zwischen Leihe und Darlehn.[55]) Es ist auch richtig, dass der Darlehnsnehmer **ökonomisch**, wie ein Leiher oder Miether, einen vorübergehenden **Gebrauch** erwirbt. Immerhin aber besteht der bedeutsame Unterschied, dass der Gebrauch des Darlehnsnehmers, was bei Leihe und regulärer Miethe eben nicht der Fall ist, im **Verbrauch** besteht oder doch bestehen darf.[56]) Daher entbehrt der Darlehnsgeber (im Gegensatz zum regulären Vermiether und Kommodanten) der Vindikation; daher tritt an Stelle der Rückgabe der regulär gemietheten species die Restitution von tantundem ejusdem generis.[57]) Wichtige Regeln des Miethsvertrages sind auch für das Darlehn gar nicht oder nur unter Gefährdung des Verkehrs anwendbar.[58]) Die Bezeichnung als Kapitalmiethe resp. Kapitalleihe ist daher nur als ein juristisch inkorrektes und zu falschen Folgerungen verleitendes Bild zu erachten.[59])

Auch als **Verkaufsvertrag** ist das Darlehn mehrfach karakterisirt worden; nur gehen die Ansichten darüber auseinander, was als **Waare** anzusehen ist.

---

[52]) Dass es auch nur für den Bodmeristen ist. Behrend p. 114.

[53]) Goldschmidt § 47 p. 548, v. Hahn II p. 7 zu A. 271 Z. 1 § 4, Anschütz u. Völderndorff III p. 11.

[54]) Die Frage ist namentlich im Kampf gegen die Zinsbeschränkungen lebhaft erörtert worden. Rösler p. 400 ff. Pont Nr. 224 und die von ihm Citirten (Say, Baudrillart). Vgl. auch Dankwardt Heft 2 p. 15, Förster a. a. O., Kohler, Abhdlg. p. 45. Storch p. 49 ff., vgl. auch Demelius p. 408, Frémèry, études p. 73 Not. 1 a. E., Suffrian p. 8.

[55]) Zeh p. 1 ff., Gengler p. 541 Not. 2, Knies, Kredit I p. 18, Förster a. a. O., Gruchot p. 643 ff. — Auch das französ. Wort prêt ist mehrdeutig: prêt à usage (Kommodat), simple prêt (mutuum). Vgl. auch Huschke p. 2 Not. 2 u. 3. Ebenso das englische lend und das skandinavische lan (v. Amira p. 654 ff.). — Ueber „locare pecuniam" vgl. die zahlreichen Citate bei Troplong Nr. 326.

[56]) Huschke p. 17.

[57]) Vgl. jetzt besonders Eisele p. 32: „Juristisch besteht der gewaltige Unterschied, dass das Kapital das eine Mal in der Eigenthumssphäre des Gläubigers bleibt, das andere Mal in die Eigenthumssphäre des Empfängers tritt, dies ignoriren, heisst den juristischen Standpunkt verleugnen." Das Erstere gilt freilich nur von der regulären, nicht auch von der irregulären Miethe. Vgl. l. 31 D. XIX, 2.

[58]) Das Gegentheil behauptet Dankwardt p. 42. Dem Darleiher soll der einseitige Rücktritt nicht nur wegen zweijährigen Zinsrückstandes, sondern sogar wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses zustehen. Und die Nothwendigkeit hiervon soll jeder mit dem Geldverkehr vertraute Geschäftsmann zugeben müssen! Man denke aber nur an den Fall einer „Versteifung" des Geldmarktes; wird nicht jenes Rücktrittsrecht aller Darlehnsgeber um des eigenen Bedürfnisses willen die einfachste Geldknappheit zur Krisis steigern? Vgl. gegen Dankwardt auch Windscheid § 371 Not. 6.

[59]) Ueber den Unterschied volkswirthschaftlicher und rechtlicher Auffassung gerade bezüglich des Darlehns vgl. die treffenden Worte Roschers in seiner Vorrede zu Dankwardts Studien p. VII ff., sowie oben Eisele (Not. 57).

Offenbar ist dies weder das Darlehnsobjekt,[60]) noch die spätere Rückleistung,[61]) noch die Forderung auf diese Rückleistung.[62]) Dagegen wird allerdings bei dem verzinslichen Darlehn der **Kredit**[63]) entgeltlich übertragen. Insoweit darf man im verzinslichen[64]) Darlehn — das aktiv-kaufmännische Darlehn ist präsumtiv verzinslich[65]) — einen Kreditverkauf als eingeschlossen erachten,[66]) ohne dass aber durch dies Moment das juristische Wesen des zinsbaren Darlehns erschöpft wäre; erwirbt doch der Darlehnsnehmer die Verfügungsbefugniss nicht losgelöst vom Eigenthum, sondern vielmehr mit ihm und als Ausfluss desselben. Nicht weil die Befugniss der zeitweisen Verfügung über Fungibilien verkauft ist, geht das Eigenthum über; es geht vielmehr die Verfügungsbefugniss über, weil Fungibilien übereignet werden.

V. Wie jeder Vertrag hat der Darlehnsvertrag Handlungsfähigkeit und Willensübereinstimmung der Kontrahenten zur Voraussetzung. In ersterer Beziehung ist hier[67]) nur zu bemerken, dass die Beschränkung des

---

[60]) Ueber die früher vielumstrittene Frage, an pecunia emi possit, vgl. Endemann, Studien I p. 67 Not. 123, Levy p. 50, Knies p. 12. Als Tausch unter Bedingung des Rücktausches erklärt es Kumpf (p. 565), zugleich aber auch als Ausleihung des eingetauschten Werthantheils; der Darleiher werde Theilhaber (!) am schuldnerischen Vermögen.

[61]) So das Moslemische Recht. Knies a. a. O. (v. Tornauw p. 103 ff.).

[62]) Macleod: „credit is a sale of debts." Vgl. oben II p. 363. Zeitschr. f. H.R. X p. 12 (Mittermaier).

[63]) Das Wort „Kredit" ist hier vom Standpunkt des Kreditnehmers als Wirkung des Kreditvorganges und zwar im engsten Sinne gebraucht (oben II p. 366). Vgl. auch Storch p. 48. „Ein Gelddarlehn ist also identisch mit Veräusserung der zeitweisen Nutzung eines Kapitals." Gareis p. 401. Levy-Riesser p. 77 Not. 2. — Endemann Z. IV p. 56 u. H.R. Not. 2: „Vertrag über die rechtliche Kreditgewähr (im Gegensatz zum blossen precarium) und deren Preis." Der Zins ist weder Entbehrungslohn, noch Nutzungsverzicht (Kumpf p. 565), sondern, wenngleich nicht ausschliesslich, doch seinem Hauptbestandtheil nach (sog. reiner Zins) Aequivalent der eingeräumten Verfügungsbefugniss (des Kredits); daneben enthält er zuweilen noch als Zusatz eine Risiko- oder Wagniss-Prämie, die inkorrekt oft als Assekuranzprämie bezeichnet wird. Knies II 8 ff., 20, 30, 35, Mithoff in Schönbergs Handbuch I p. 483, 485 Not. 54. Vgl. Thöl Not. 9, Levy-Riesser p. 57 Not. 5, 72 ff., Endemann § 87 Not. 15, Z. IV p. 50, Gruchot XIII p. 221 u. oben Regelsberger II p. 497.

[64]) Das unverzinsliche Darlehn kann mangels eines Kreditpreises nur als Kreditschenkung angesehen werden; denn „die zeitlich beschränkte Abwesenheit und schliessliche Rückkehr des Kapitals" (Storch a. a. O.) kann doch nicht als Aequivalent der eingeräumten Befugniss ernstlich in Betracht kommen: sonst wäre auch schenkweise Bestellung eines ususfructus ein Verkauf. Vgl. noch Endemann Zeitschr. IV p. 57 u. Knies in der Tüb. Zeitschr. XVI p. 176.

[65]) Vgl. Not. 39.

[66]) Endemann a. a. O.: „Der Kontrakt, wonach der Darleiher vertragsmässigen Kredit gewährt, äussert sich in der Regel nur incident, eben in dem Zinsversprechen, welches den Kredit mitbefasst." — Dass der Kreditgewährungsvertrag und der Kreditpreis gegenwärtig als „das Wesentliche" gegenüber der „selbstverständlichen obligatio tantundem restituendi" anzusehen, behauptet Endemann, H.R. § 138 Not. 2.

[67]) Ueber partikularrechtliche Beschränkungen der passiven Darlehnsfähigkeit (Angehörige des Herrscherhauses, Studirende, Militärpersonen, Angestellte des königl. Theaters) vgl. Dernburg § 177, Gengler § 116 Not. 3, Koch p. 313 ff., Steinacker p. 252.

gemeinen[68]) Civilrechts bezüglich des Gelddarlehns der Hauskinder bei Kaufmannseigenschaft der letzteren cessirt.[69])

Der Wille muss nicht bloss auf Geben und Nehmen, sondern auf Geben und Nehmen unter Wiedererstattungspflicht gerichtet sein.[70]) Dazu bedarf es indess nicht gerade des Gebrauchs des Wortes Darlehn, das im Verkehr minder beliebt ist.[71]) Der Handel wählt lieber weniger präzise Bezeichnungen, insbesondere den mehrdeutigen, „mehr wirthschaftlichen als juristischen"[72]) Ausdruck Vorschuss,[73]) der im Zweifel, wenn keine andere Absicht der Kontrahenten erhellt, „als nichts anders wie als Darlehnsvertrag aufzufassen ist."[74]) Auch Hingabe als Depositengeld, Annahme a deposito, bezeichnet oft das gewöhnliche Darlehn.[75]) Endlich verbirgt sich unter der kaufweisen Hingabe mit Rückkauf zuweilen nichts als ein Darlehn.[76])

---

[68]) Viele Partikularrechte verwerfen diese gemeinrechtliche Beschränkung überhaupt, so der C. c., das Oesterr. G.B., Sächs. B.G.B., Nassau, Braunschweig. Vgl. Roth, Deutsches Priv.R. II § 164 Not. 35, Schmidt p. 421. Nach preuss. Recht bedürfen Hauskinder nicht nur zu Darlehen, sondern überhaupt zur Uebernahme von Verbindlichkeiten der väterlichen Zustimmung. Dernburg § 177 Not. 2.

[69]) Straccha, tract. de mercat., pars III c. 40 „usque adeo, ut mutui facti gratia mercatori ratione mercaturae S. C. Macedoniani exceptio non competat." Marquard III c. 8 Not. 60: „Ut in mercatore filio familias cessat beneficium S. C. Macedoniani; sic non potest eidem in judicio objici, quod agat absque consensu patris." Nürnberg. Ref. v. 1564 Th. II Tit. 13 Ges. § 43. „Wo aber die Kinder mit Wissen und Geduld ihrer Eltern oder Vormund, kaufmannsweise handeln, davon solle dieses S. C. Maced. nicht verstanden werden." Zeh p. 35, 44, Gengler p. 542 Not. 4, Holzschuher I p. 738, Endemann in Zeitschr. f. H.R. V p. 377. A. M. anscheinend Behrend p. 161. — Vgl. über die Streitfrage noch Lucas Langermann (praes. Lauterbach) Theses (1655) No. 116, Lattes p. 87 Not. 7.

[70]) Gruchot p. 659 ff., Windscheid Not. 13, Dernburg § 176 Not. 9, Brinz § 296 Not. 18, R.O.H.G. V p. 259, Busch IX p. 159, Seuffert XXXVIII No. 116 (Hamburg 20. Mai 1882). Das blosse Empfangsbekenntniss genügt nicht, Striethorst 80 p. 288, Dernburg § 178 Not. 6. Dagegen liegt in der Annahme einer Summe „als Darlehn" das Restitutionsversprechen von selbst. Bähr p. 17 Not. 3.

[71]) Vgl. oben Not. 15 u. 16, aber auch Not. 12.

[72]) Huschke p. 14. — Zeh p. 1. „Verbis illi utuntur generalibus et ambiguis. In quorum numero sunt: Vorgeschossenes Geld . ." — (O.App.G. Dresden 1845 bei Gruchot p. 663).

[73]) Vgl. unten bei Not. 159 ff.

[74]) R.O.H.G. V p. 425 (27. April 1872).

[75]) Heise p. 38, Martens § 17, Bender § 114, Pöhls § 91, Morstadt § 17 C, Mittermaier § 562, Kuntze p. 697 Not. 6, Thöl §§ 28, 296 Not. 15, Puchelt II p. 50 Not. 8, Einert, W.R. p. 506. R.O.H.G. VII p. 119. Vgl. aber auch A. G. Hamm (6. März 1866) bei Gruchot XII p. 914.

[76]) Es verkauft entweder der Darlehnsgeber (auf Kredit und kauft sofort baar zurück — contr. mohatrae; vgl. unten Not. 100) oder der Darlehnsnehmer (unter Vorbehalt des Rückkaufsrechts; vgl. R.Ges. v. 23. Juli 1879, Eccius § 126 Not. 58 u. 82, Mandry p. 456 und unten § 436). Ueber ältere Verschleierungen des Darlehns durch Kauf mit Wiederkauf vgl. Endemann, Studien II p. 94 ff., 374, Troplong p. 387 ff.

Die Willensübereinstimmung braucht nicht ausdrücklich erklärt,[77]) sie kann aus den Umständen geschlossen werden.[78])

Das handelsgeschäftliche Darlehn bedarf nach Art. 317 keiner Förmlichkeit; seine gesetzlichen Naturalien können auch im Gebiete des Preussischen Landrechts ohne Schriftlichkeit abgeändert werden.[79])

VI. Der reguläre Darlehnsvertrag, auch der verzinsliche, wird erst mit der Hingabe aus dem Vermögen des Darlehnsgebers in das Vermögen des Darlehnsnehmers perfekt.[80]) Die vielverbreitete Annahme, dass die Hingabe bei dem modernen Darlehn, mindestens bei dem verzinslichen,[81]) solvendi und nicht contrahendi causa erfolge, ist trotz der modernen Klagbarkeit formloser Verträge[82]) und auch für das Handelsrecht abzuweisen, gleichviel ob das Geschäft mit der Hingabe begonnen oder ob ihm noch eine Abrede vorangegangen.[83]) Geht eine besondere Abrede über Geben und Nehmen voraus, so hängt die einzige oder

---

[77]) R.O.H.G. XIV p. 65.

[78]) Dernburg § 176 bei Not. 10. Vgl. Gruchot p. 661—663, auch unten Not. 93.

[79]) Striethorst 80 p. 288 bei Dernburg § 178 Not. 6.

[80]) Dieser Ansicht von den Neueren z. B. Bähr, Anerkennung p. 168, K.V.J.S. XVIII p. 335 ff., Beseler p. 407, Brinz § 296 u. K.V.J.S. XXV p. 190, 191, Eccius a. a. O., Gerber § 159, Schmidt, Vorles. I p. 378. 417 ff., Huschke p. 27 Not. 1, R. Koch in Busch's Arch. VII p. 453, Siebenhaar p. 496 u. 594, Windscheid § 312 Not. 5 u. 370 Not. 2 (aber auch § 371 Not. 6) und jetzt ganz besonders Eisele p. 1 ff. Die gleiche Auffassung begegnet in den meisten modernen Partikulargesetzgebungen. Oesterr. B.G.B. § 983, Preuss. A. L.R. I 11 § 653 ff. (vgl. dazu Gruchot XII p. 649 ff., Dernburg II p. 473 Not. 2, Eccius zu Förster III § 137 Not. 10; selbst Storch erkennt dies p. 7 de lege lata an; M. Förster a. a. O.) Frz. Code civil 1892 (Pont Nr. 12, Troplong Nr. 6, Laurent 453 u. 486. A. M. Toullier u. Duvergier. Ueber die Abweichung des Bad. L.R. (dort „livre“ hier „zu überliefern hat“) vgl. Gruchot p. 649 Not. 11, aber auch Kohler in den Annalen der bad. Ger. 1875 p. 244 u. 247. (Sächs. B.G.B. § 653 ff.)

Der entgegengesetzten Meinung sind Heise, Grundriss 1887 p. 43 ff. (Vgl. Eisele p. 3) Arndts § 232 Not. 4, Bruns in der Encyklopädie p. 471, Dankwardt, Nat.Oek. u. Jur. Heft 2 p. 36 ff., H. 3 p. 63, Demelius im H. f. Dogm. III p. 406, Eck im R.Lex. I p. 496, Förster § 137, Gruchot a. a. O. p. 365, Keller, Pand. p. 438 (dazu aber Eccius a. a. O. Not. 11), Koeppen in J. f. Dogm. XI p. 352, Plathner (vgl. Gruchot p. 652), Preusser in Seufferts Arch. XXII p. 186 Not. 1. Reyscher, Würtemb. Priv.R. II § 440 (gegen ihn Bierer § 170 p. 162 Not. 2, vgl. auch Gruchot p. 649, Hufnagel I p. 366), Pöschmann, Komm. S. G.B. II p. 77 (bei Gruchot p. 651 ff.), Stobbe III § 166 p. 70, Rösler in Zeitschr. f. H.R. XII p. 402, 406, Storch a. a. O., Thöl § 246 IV, v. Wening-Ingenheim II 3 c. 5. — Als Konsensualvertrag erscheint das Darlehn auch im Dresdner Entw. 523 und im Schweiz. Obl.R. Art. 329; gegen das letztere vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschr. XXIII Beilageheft p. 114 u. Eisele a. a. O.

[81]) So Unger im Jahrb. f. Dogm. VIII p. 9 ff., Buhl Anerkennungsvertrag p. 64. — Verwandt anscheinend Endemann § 138 Not. 9, zum Theil auch Demelius a. a. O. p. 407, 408; bedingt (bei Absicht der Parteien) Windscheid § 371 Not. 6.

[82]) Eisele p. 9 hebt treffend hervor, dass, da die 4 benannten Realkontrakte in gleicher Weise, wie die Konsensualverträge aus dem j. gentium stammen, die Römer ihnen in gleicher Weise, wie jenen Verträgen die Klagbarkeit zuzuschreiben Anlass gehabt hätten.

[83]) A. M. Kohler, Ges.Abhdlg. I p. 42, 47.

doch prinzipale Pflicht des zukünftigen Darlehnsnehmers, die Restitutionspflicht, immer noch von der realen Hingabe ab; der zukünftige Empfänger will vor dem Empfang nicht zur Rückgabe verpflichtet sein und kann hierzu gar nicht verpflichtet sein wollen; „die Aneinanderreihung der beiderseitigen Verpflichtungen im Vorvertrage ist nur eine äusserliche.“ [84]) Fehlt es dagegen an einer vorausgehenden Abrede, so hat der Geber **vor** der Hingabe sich noch gar nicht verpflichten können. Wenn hervorgehoben wird, dass dem Geben der Sache **immer** der Wille vorausgehe, sie darlehnsweise geben zu wollen, und zwar ein acceptirter **Wille**, also ein Vertrag,[85]) so ist doch jener Wille geben zu **wollen** nicht identisch mit dem, worauf es im Wahrheit ankommt, mit dem Willen geben zu **sollen**, zum Geben **verpflichtet** zu sein.[86])

Die Hingabe braucht nicht direkt und unmittelbar zu erfolgen. Es gelten durchaus die civilrechtlichen Grundsätze. Statt des Darlehnsgläubigers kann also ein Anderer geben, statt des Darlehnsschuldners ein Anderer empfangen.[87]) Auch wenn sich der Borger einseitig ohne alles Zuthun des Darleihers in den Besitz der zum Darlehn versprochenen Sache gesetzt hat, ist ein Darlehnsvertrag zu Stande gekommen.[88]) Befindet sich der Darlehnsnehmer bereits im Besitz von Quantitäten des Darlehnsgläubigers, so kann die Hingabe sich mittelst brevi manu traditio vollziehen.[89]) Auch wenn das Darlehnsobjekt beim Darlehnsnehmer nicht individuell vorhanden, der Letztere aber bereits Schuldner des Darlehnsgläubigers ist, kann durch die Gestattung, die geschuldeten Quantitäten als Darlehn[89a]) zu behalten, ein Darlehn entstehen.[90])

---

[84]) So Eisele p. 24 ff.

[85]) Thöl § 246 IV. Vgl. auch Sintenis, Civ.R. II p. 513 § 108 Not. 6.

[86]) Treffend Eisele p. 6: „Eine solche Fiktion (dass jede Darlehnshingabe Erfüllung einer Verbindlichkeit sei), wäre um nichts besser, als wenn man, um eine Eigenthumstradition, die Schenkung ist, als Erfüllung ansehen zu können, ein obligatorisches Schenkungsversprechen auf dare fingiren würde.“

[87]) Windscheid § 370 Not. 10, § 412 Not. 9, R.O.H.G. V p. 424 (27. April 1872), Thöl, ausgew. Entsch. p. 110, Schlossmann in Grünhuts Zeitschr. IX p. 504 ff., Huschke p. 28 ff., 68 ff. Ueber das preussische Recht Eccius p. 288 Not. 62, Dernburg p. 475 ff., Gruchot p. 670 ff., über das sächsische Schmidt p. 418. Vgl. auch Regelsberger oben II p. 420 Not. 17 a. E.

[88]) Busch, Arch. XXVIII p. 121 (preuss. Ob.Trib. 9. Febr. 1871), Dernburg § 176 vor Not. 5.

[89]) Windscheid § 154 Not. 2, § 370 Not. 10 a. E., Buhl p. 63, Gruchot p. 674, 679 ff. — Pont Nr. 139 ff. — Endemann, H.R. § 138 Not. 8 nimmt an, dass es „bei dem sog. Mutuum brevi manu der schwerfälligen Erklärung durch fingirte Hin- und Herzahlung für uns nicht mehr bedarf.“

[89a]) Fristenbewilligung für Rückzahlung der aus Auflösung einer Handelsgesellschaft herrührenden Schuld verwandelt diese Schuld noch nicht in ein Darlehn. (H.Ger. Karlsruhe 1868 in Busch XIX p. 79.)

[90]) Allerdings reskribirten Diocletian und Maximian (l. 6 C. IV 2) noch im Sinne Africans, (l. 34 pr. D. XVII 1) also gegen jene Annahme (Huschke p. 66 ff., Brinz p. 201). Die im Text ausgesprochene Ansicht ist jedoch in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis die herrschende. (Windscheid § 354 Not. 2 u. 11, Gruchot p. 674 ff., Salpius p. 325 ff., Bähr p. 276, Schlossmann p. 530, 534, Buhl

Man kann dasselbe als ein **irreguläres** oder **fingirtes**[91]) bezeichnen; es fehlt demselben die reelle datio; sie wird durch eine fikticische[92]) ersetzt. Die Genehmigung, geschuldete Quantitäten als Darlehn zu behalten, ist schon in der Festsetzung eines Zinssatzes zu finden.[93])

VII. Gegenstand des Darlehns sind nur fungible,[94]) dem Verkehr nicht entzogene, bewegliche Sachen.[94a]) Nicht fungible Sachen werden nur indirekt durch erkennbar gewollte Substitution ihres Geldwerths oder Erlöses darlehnsfähig.[95])

---

p. 62 ff., Troplong Nr. 185, Brinz § 296 Not. 14 (2. Ed.) Ebenso im Handelsrecht: Brinckmann p. 483, Endemann § 138 bei Not. 8, R.O.H.G. 20. Febr. 1875 (Busch XXXII p. 310), vgl. auch Zeitschr. f. H.R. XV p. 528. Ein Argument liefert wohl auch A. 291 H.G.B. (nach Ansicht des O.L.G. Celle 14. Juli 1882, Seuffert 38 Nr. 112). Gerade die Häufigkeit solcher Darlehen mit nur fingirter datio im Handelsverkehr hat wohl mit dazu beigetragen, dass südamerikanische H.-Gesetzbücher mit Massé und Pardessus (vgl. oben Not. 5 ff.) jede kaufmännische Fungibilienschuld für ein handelsrechtliches Darlehen erklären, ganz unabhängig davon, ob die Kontrahenten die Verwandlung in eine Darlehnsschuld gewollt haben. Das preuss. Recht verwirft die Fiktion der Hingabe. Gruchot p. 677, Dernburg p. 37 Not. 14.

[91]) Bähr p. 279. „In ein wirkliches Darlehn kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden können, als in irgend eine andere materielle Schuld. Mag daher das Leben mit dem Wort „Darlehn" sich helfen; die Wissenschaft sollte sich mit dem Begriff „Darlehn" nicht täuschen." Dernburg § 15 Not. 14. Vgl. indess Goldschmidt in seiner Zeitschr. XXIII p. 308, „in der simulirten Erklärung als Darlehn zu schulden liegt nicht nothwendig ein abstrakter Verpflichtungswille." Vgl. auch Buhl p. 63 b. — Salpius p. 326 erklärt diese Art Darlehen für eine „Nebenform, welche auf der Grenze (?) der Konsensualverträge steht." Endemann § 138 Not. 9.

[92]) Brinz, K.V.J. S. p. 201, Salpius p. 326.

[93]) Endemann Not. 9. — Dagegen folgt aus einem Zinsversprechen bei Eigenthumsempfang von Fungibilien noch nicht der Abschluss eines Darlehnsvertrags; es kann unter Umständen auch eine donatio sub modo vorliegen. Seuffert XXXVIII 116 (Hamburg 20. Mai 1882).

[94]) Anders nach preuss. Recht I 11 §§ 653, 853 ff. Vgl. Dernburg p. 474, Gruchot p. 754 ff., Koch III p. 302 Not. 6. Sind die Bestimmungen des H.G.B. über Darlehen, insbes. Art. 292 S. 2. Art. 47 S. 2 zur Anwendung zu bringen, wenn im Geltungsgebiet des preuss. Landrechts zwei Kaufleute nicht fungible Objekte, z. B. eine Zahl von Pferden, behufs Restitution in genere verleihen? Die Frage dürfte, da das H.G.B. keine Begriffsdefinition gibt, zu bejahen sein. — Vgl. auch Goldschmidt § 37. — Der C. c. 1874 u. 1892 spricht zwar von konsumtiblen Sachen; die Jurisprudenz deutet es indess in fungible Sachen um. (Troplong Not. 173, Pont Not. 7 ff., 149, Alauzet Not. 617, Laurent 490.) Nach A. 1894 sind „des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux" für darlehnsunfähig erklärt; gleichwohl betrachtet sie die Jurisprudenz (Pont a. a. O., Troplong Not. 177) für darlehnsfähig („si les parties les considèrent comme choses fongibles"). Dass Fungibilität aber keine subjektive, sondern eine objektive Eigenschaft der Sache, dass der Parteiwille nichtfungible Sachen nie direkt zu vertretbaren machen kann, vgl. Goldschmidt § 61 bei Not. 30, Windscheid § 370 Not. 3.

[94a]) Pont Not. 37 ff., 147. Nicht abgestempelte Inhaberprämienpapiere sind nicht darlehnsfähig.

[95]) So Goldschmidt II § 61 Not. 30 u. 33, § 64 Not. 54. Vgl. Huschke p. 21. Die Beschränkung auf die erkennbar gewollte Substitution fehlt bei Gareis p. 402: „es kann in der Ueberlassung irgend welcher geldwerthen Rechte, deren Werth als dargeliehen erscheint, bestehen." Vgl. dagegen oben Not. 14.

Der gewöhnlichste Darlehnsgegenstand ist das Geld.[96]) Geld kann den Gegenstand einer Geldsortenschuld oder, was im Zweifel zu vermuthen, einer Summenschuld bilden.[96a]) Ein Gelddarlehn kann auch entstehen durch Hingabe anderer fungibler oder nicht fungibler Sachen und zwar

a. **zum Verkauf**. Das Darlehn entsteht hier erst mit Empfang des vom Käufer dem Empfänger gezahlten Kaufpreises und nur in Höhe des erzielten Erlöses;[97])

b. unter **Aestimation**; die Geldsumme, auf welche die Sache vereinbartermaassen abgeschätzt wird, gilt als dargeliehen.[98]) Das Darlehn entsteht in diesem Falle sofort mit der Uebereignung der ästimirten Sache. Hiermit nahe verwandt, doch nicht zusammenfallend,[99]) ist der **Verkauf** mit der Nebenabrede, dass Käufer den Kaufpreis erst später zu zahlen brauche. Mit diesem Verkauf auf Kredit verbindet sich in wucherischer Absicht oft der gleichzeitige Rückkauf gegen baar, meist zu einem bei weitem niedrigeren Preis, der von den Neueren sog. contractus **mohatrae** oder barata.[100])

VIII. Durch die Hingabe von **Geldpapieren**[101]) kann ein Darlehn in verschiedener Weise begründet werden:

---

[96]) Das preuss. A. L.R. bezeichnet das Darlehn in Geld und Inhabergeldpapieren als eigentliches Darlehn. Vgl. auch Frankfurter Reform v. 1611 Th. II Tit. 11 § 1, Gruchot p. 654 Not. 3, XIII p. 297 ff. - Ueber Darlehen in Naturalgegenständen enthalten Spezialbestimmungen (bzw. der Berechnung der Erträge oder Zinsen) Argent. 709, Spanien 389 u. 393, (wörtlich übereinstimmend Cundinamarca u. Costa-Rica) Guatemala 381, Chile 800. Ueber Naturaldarlehn Huschke p. 6 Not. 1, auch v. Amira p. 660 ff.

[96a]) Vgl. Goldschmidt § 105 Not. 22 u. in seiner Zeitschr. XIII p. 386, oben II p. 130 Not. 10 (Koch), Dernburg II § 33.

[97]) Huschke p. 59, Gruchot p. 673, Sächs. B.G.B. § 1073, bayr. Entw. II A. 622, Dresdner Entw. Art. 529.

[98]) Ueber Darlehen der argentarii mittelst ästimirter Schmucksachen (Nov. 136 c. 3) vgl. Huschke p. 21 u. 59.

[99]) Huschke p. 22, auch p. 157. — Preuss. A. L.R. I 11 §§ 720, 861 ff. im Gegensatz zu § 717. Ob das Eine oder Andere gewollt, ist Interpretationsfrage. Eccius § 137 Not. 104, vgl. auch Koch Not. 21 zu § 793 I 11. Vgl. unten Not. 110 ff.

[100]) Ducange, Gloss. IV p. 463 s. v. mohatra: „vox portentosa, qua significatur contractus quo, inquit Escobarius, quis egens pecunia emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit. Idem barata interdum dicitur, quo nomine fraus, dolus indigatur.“ Der Vertrag ist weder von den Jesuiten erfunden (wie Pascal annimmt, vgl. Pont 299, Troplong 364), noch kommt der Name unmittelbar aus dem Spanischen (wie Gregor praes. Ziegler, De mohatrae contr. 1663 § 29 meint). Das Wort mohatra kommt vielmehr (nach gütiger Mittheilung des Prof. Dr. Merx) aus dem Arabischen und zwar von dem Verbum khâtar, sich einer Gefahr aussetzen. Eine Reihe anderer Namen (moharra, stocchi, stoccoli, baroccoli, rompicolli, retranguli, ciananze) ebendas. und bei Scaccia § 1 qu. 1 Not. 566—569. Vgl. auch Mühlhäuser, depos. irreg. p. 39.

[101]) Auch Nichtinhaberpapiere, insbesondere Wechsel, können aestimato (auch für den Nominalbetrag) zu Darlehn gegeben werden, vgl. Thöl, Entscheidungsgründe p. 109; auch zum Verkauf und zum Inkasso behufs Darlehns; doch wird in beiden letzteren Fällen das Darlehn erst mit Empfang der Verkaufs- resp. der einzuziehenden Summe perfekt. Gleiches gilt auch von unverbrieften Forderungen. Vgl. Eccius § 137 Not. 100.

1. Die Papiere selbst bilden den Gegenstand des Darlehns.[102]) Voraussetzung ist ihre Fungibilität.[103]) Der Schuldner hat[104]) Papiere derselben Art,[105]) nicht aber Geld[105a]) zu restituiren, es sei denn, dass ihm das Wahlrecht ausdrücklich vorbehalten, oder dass derartige Papiere zur Zeit der Rückzahlung[106]) nicht mehr vorhanden.[107]) In letzterem Falle ist, wenn es an einem Maassstab des Werthes zur Zeit der Rückgewähr fehlt, der Kurswerth zur Zeit der Hingabe zu restituiren.[108]) Sind dagegen die Papiere noch vorhanden, so ist der Kurs des Fälligkeitstages maassgebend.[108a]) Im Zweifel sind ebensoviel Zins- und Dividendenscheine als hingegeben zu restituiren oder zu ersetzen;[108b]) daneben kann[108c]) noch eine besondere Provision oder Verzinsung verabredet sein,[109]) soweit nicht etwa der sonstige Thatbestand des Wucherdelikts vorliegt.

---

[102]) Das geschieht nicht nur Freundschaftshalber, sondern auch behufs Kursspekulation. Savigny, Obl.R. I p. 496 ff. Koch Not. 21 zu § 793 A. L.R. I, 11. Gad spricht dagegen p. 322 gerade dieser Form den Karakter des reinen kaufmännischen Darlehns ab, weil der Darlehnsgeber kein Aequivalent für die Gefahr des Kursrückganges und für die ihm entgehende Möglichkeit der Benutzung der Kurssteigerung erhalten. Vgl. jedoch Not. 11 u. 108b; auch kann Vergütung der Kursdifferenz bei Kursrückgang verabredet sein. (Koch Not. 21 a. E. zu § 793 I, 11 A. L.R.)

[103]) Die Bezeichnung mit Nummer und Buchstaben steht der Fungibilität nicht entgegen. Loospapiere sind in der Regel nicht fungibel. Vgl. Kuntze p. 696 und zu Holzschuher II p. 191 ff. Gönner, Staatsschulden 219 ff., 235.

[104]) Biener bei Kuntze p. 699 Not. 13.

[105]) Gehören dazu auch andere Emissionen? Bejaht vom R.O.H.G. XX p. 303 ff. Verneint anscheinend von Kuntze p. 695, „welche derselben Emission angehören." Ueber die Fungibilität entscheidet in concreto die Verkehrsanschauung.

[105a]) R.O.H.G. VII p. 346, XX p. 307.

[106]) Nicht gerade z. Z. der Fälligkeit vgl. Eccius p. 300 Not. 125 und die dort Citirten.

[107]) Der Schuldner wird nicht frei, hat vielmehr (nach Analogie von l. 14 § 2 D. 32 u. l. 71 § 2 D. 30) justam aestimationem officio judicis zu prästiren. v. Völderndorff p. 308 Not. 4. — Nach Erk. des R.O.H.G. XX p. 303 ff. auch, falls die Papiere noch nicht vorhanden. — Die franz. Judikatur erachtet Kursveränderung nach Fälligkeit als Qualitätsveränderung, daher Rückgabe in Papieren wegen Unmöglichkeit für ausgeschlossen. Hiergegen treffend Laurent 508 u. v. Völderndorff a. a. O.

[108]) Preuss. L.R. I 11 § 795. Nach dem Dresdner Entw. 530 dagegen „soviel, als bei Einlösung der Papiere auf solche bezahlt worden." v. Völderndorff p. 308 Not. 5: Nennwerth resp. Einlösungswerth; damit anscheinend in Widerspruch p. 310: „Kurswerth z. Z. der Heimzahlung des Darlehns." Nach franz. Rechtsprechung der Kurs des Fälligkeitstages. Vgl. Laurent 508.

[108a]) R.O.H.G. VII p. 350 (preuss. Recht). Koch Not. 21 zu § 793, A. L.R. I, 11.

[108b]) A. M. das Präjudiz des preuss. Ob.Trib. v. 4. Oktober 1847, gegen dessen Motivirung Koch Not. 2 zu § 653 h. t. Vgl. auch Gruchot p. 795.

[108c]) Es ist dies nicht zu präsumiren; A. 290 S. 2 dürfte sich wohl nur auf Gelddarlehen beziehen.

[109]) R.O.H.G. VII p. 349. Die Zinsen sind im Zweifel in Geld, nicht in gleichartigen Werthpapieren zu zahlen (Völderndorff p. 307 Not. 3, vgl. auch Argent. 712, Chile 800, Spanien 393, Guatemela 381) und zwar vom Kurswerth z. Z. der Hingabe (§ 1079 Sächs. B.G.B. Siebenhaar p. 598, Gruchot a. a. O.); a. M.: v. Völ-

2. Durch die Hingabe der Papiere soll ein Gelddarlehn entstehen; die beiden sub VII erwähnten Alternativen sind auch hier möglich. Im ersteren Falle ist der Erlös, im zweiten Falle der vereinbarte Betrag das Darlehnsobjekt.[110]) Die Vereinbarung kann auf den Nominalwerth,[111]) sie kann auch auf den Tageskurs oder einen beliebigen[112]) Werth gehen. Fehlt es an einer Vereinbarung, so gilt der Kurs des Ortes und der Zeit der Hingabe.[113]) Besitzt das Papier überhaupt keinen Kurs, so gilt im Zweifel der Nominalwerth als dargeliehen.[114])

3. Ob die Restitution in Papieren oder in Geld gewollt ist, ist Thatfrage.[115]) Ist nicht nach der Geldsumme, sondern nach der Stückzahl der Papiere kontrahirt, so ist ein Darlehen in Papieren zu präsumiren. Ist die Summe dagegen bestimmt, so folgt daraus doch immer noch nicht die Präsumption für das Darlehn in Geld.[116]) Im Zweifel ist in diesem Falle vielmehr nur bei kurshabenden Papieren die Restitution in Geld, bei andern in Papieren als gewollt anzusehen.[117])

4. Ein **Wahlrecht** zwischen Restitution in Geld und in Papieren kann aus-

---

derndorff p. 308 (vom Nennwerth); vom Werth z. Z. der Rückgabe anscheinend in Argentina, Chile, Guatemala a. a. O.

110) R.O.H.G. IV p. 366. — Bekker bestreitet im Jahrb. I p. 407, auch nach heutigem Recht, dass in letzterem Falle das allerdings gültige Geschäft ein Darlehn sei. Vgl. auch Savigny p. 96, „Geschäft gemischt aus Verkauf und Darlehen.“ Eccius Not. 99 „Verkauf zum Tageskurs“.

111) Verboten nach der Preuss. Deklar. v. 4. April 1811 § 5 a, falls das Papier unter pari steht (R.G. III p. 329 ff. 7. Januar 1881); dieselbe ist für Kaufleute durch A. 292 (Gad p. 322 Not. 3), allgemein durch R.G. v. 14. Novbr. 1867 als aufgehoben anzusehen. Hinschius bei Gruchot p. 794. — Auch nach Schweiz. Obl.R. A. 333 ist die Hingabe zu anderer Taxe, als zum Kurswerth verboten, doch ist der Verkauf mit Kreditirung des Kaufpreises, der dem Nominalwerth gleichkommen kann, nicht dadurch ausgeschlossen. Schneider u. Fick Not. 1 zu A. 333.

112) v. Völderndorff p. 324. A. M. Thöl § 296 Not. 2: Papier oder Nominalwerth. Vgl. Eccius p. 126 „höchstens der Tageskurs“.

113) Kuntze p. 697 ff. und die dort Citirten. v. Völderndorff p. 311; Holzschuher p. 596, Kirchstetter p. 447, Schmidt p. 420, Siebenhaar p. 595 Not. 2, Gad p. 322, O.App.G. Dresden 1860 (Zeitschr. f. H.R. IX p. 155 R.O.H.G. XX p. 308 (9. Mai 1876) R.G. III p. 394.

114) Kuntze a. a. O.

115) Gruchot p. 789, Gad Not. 2. Für ein Papierdarlehn präsumirt das preuss. Recht und das österr. Hofdekret vom 20. Mai 1808, sowie v. Völderndorff p. 325 Not. 11 und der Herausgeber der Blätter für R.A. a. a. O. Not. 12 (Steppes). Letzterer ist jedoch de lege ferenda für die Präsumption eines Gelddarlehns. Ein Gelddarlehn präsumirt das O.A.G. Dresden (vgl. Not. 112) und Anschütz u. v. Völderndorff III p. 11 Not. 21 (wo gleichwohl auf v. Völderndorffs Aufsatz in den Blätt. f. R.A. Bezug genommen ist).

116) A. M. Unger in der krit. Bespr. des sächs. Entw. p. 76, 77, Dresd. Entw. 530, 531, bayer. Entw. 624, 625, hess. Entw. Art. 138 bei v. Völderndorff Not. 11.

117) Kuntze p. 699.

bedungen werden.[118]) Ohne eine solche ausdrückliche Einräumung steht es weder dem Darlehnsgeber, noch dem Darlehnsnehmer zu, Geld anstatt der Papiere oder Papiere anstatt des Geldes zu fordern resp. zu geben.[119])

IX. Die Hingabe von Werthpapieren und Waaren statt baaren Geldes ist oft zur Umgehung der Zinsschranken benutzt[120]) und daher vielfach, zunächst gerade den Kaufleuten,[121]) dann überhaupt verboten worden.[122]) Jene Verbote sind durch H.G.B Art. 292 und das R.G. v. 14. Novbr. 1867 für beseitigt zu erachten.[123]) Doch ist durch die Reichs-Gewerbe-Novelle[124]) von 1878 § 115 allen Gewerbtreibenden bei Nichtigkeit[125]) untersagt, ihren Arbeitern Waaren (mit gewissen Ausnahmen) zu kreditiren, mithin auch zu Darlehn zu geben, mag nun die Restitution in Waaren oder in Geld beabsichtigt sein. Ob eine überwerthige Aestimation den Thatbestand des Wucherdelicts im Sinne des R.G. v. 24. Mai 1880 erfüllt und dadurch Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat, ist Thatfrage.[126])

X. Der Darlehnsgeber haftet für den Schaden, den er dem Nehmer durch sein Verschulden verursacht, (so durch Hingabe verdorbener Sachen, entkräfteter Werthpapiere,[127]) falschen Geldes),[128]) der Regel nach aber nicht für den Zu-

[118]) Unstatthaft zu Gunsten des Darlehnsgebers nach Oesterr. Recht (v. Kirchstetter zu § 992 p. 447), wohl auch nach Schweiz. Obl.R. A. 333 u. vor dem R.G. v. 14. Novbr. 1867 auch in Preussen.

[119]) Keine wirkliche Ausnahme bildet die Umwandlung des Anspruchs in eine Forderung auf das Geldinteresse im Laufe der Exekution (§ 770, 778 R.C.Pr.O.) und in Konkurse (Not. 105a).

[120]) Neumann p. 449 ff. und die dort Citirten, auch Stobbe Not. 21.

[121]) Ebendas. p. 449 Not. 3.

[122]) Dithmars. L.R., R.P.O. 1548, 1577, Torgauer Ausschreib. v. 1583, Sächs. Mandat. v. 1609 u. 1625, Oberpflz. L.- u. Pol.O. v. 1658 Tit. XIII § 2. Preuss. L.R. I, 11 § 715 ff., Oesterr. B.G.B. § 991, Zürich. G.B. § 1113 u. Bayr. Entw. 622, (bei Gruchot p. 695 ff.). Auch nach Schweiz. Obl.R. 333 „Kurswerth oder Marktpreis".

[123]) Dernburg § 176 Not. 20. — A. M. für das preussische Recht Koch, Komm. zu § 715 I, 11, Hinschius in Zeitschr. f. Ges. u. Rechtspfl. II p. 36 ff. Gruchot p. 701, Eccius bei Not. 104.

[124]) §§ 115—119, den §§ 134—139 der Gew.O. v. 1869 entnommen, dehnen das Verbot des sog. Trucksystems von den Fabriken auf alle Gewerbetriebe aus. Vgl. Kayser, Gew.O. p. 171, Mandry p. 426 ff., Dernburg § 192 Not. 43.

[125]) § 117. „Verträge, welche dem § 115 zuwider laufen, sind nichtig." Da aber nach §§ 116 u. 118 die kreditirte Forderung anstatt dem Arbeitsgeber der Hilfs-, resp. der Ortsarmenkasse zufällt, so nimmt Mandry p. 429 dem gesetzlichen Wortlaut entgegen keine Nichtigkeit an.

[126]) Dernburg § 176. — Dass die landrechtliche Wuchervermuthung wegen Hingabe von Waaren statt baaren Geldes jetzt hinweggefallen, nimmt auch Eccius a. a. O. Not. 103 an.

[127]) Eck in R.Lex. p. 497, Bruns, Encyklopädie p. 491, Windscheid § 371 n. 2 a. E. Ueber die Frage, ob diese Verpflichtung aus dem Darlehnsvertrage selbst hervorgeht, Troplong p. 246 ff., Pont Nr. 170 ff., Laurent 501, Koch, Obl.R. p. 319. Der C. c. 1898 u. 1891 erklärt den Geber für haftbar, „s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'enprunteur." Für Eviktion und unbekannte Fehler haftet er nicht. Alauzet p. 141. A. M. für das verzinsliche Darlehn Pont Nr. 173.

[128]) Ueber Hingabe falschen Geldes vgl. noch Thöl § 246 vor Not. 13, aber auch oben bei Not. 86.

fall,[129]) bei Werthpapieren ohne besonderes Garantieversprechen nicht für den Eingang.[130]).

XI. Der Darlehnsnehmer ist verpflichtet

1. zur Wiedererstattung von ebensoviel Sachen gleicher Art. Die empfangenen Sachen selbst dürfen restituirt werden.[131]) Auf die Wiedererstattung kann für den Fall des Eintritts gewisser Ereignisse schon bei Eingehung des Geschäftes verzichtet sein.[132]) Die Restitution kann direkt oder indirekt, insbesondere auch durch Kompensation erfolgen;[133]) diese Art der Tilgung kann bei Eingehung des Geschäfts, das dann gewöhnlich „Vorschuss" genannt wird, ausbedungen sein.[134]) Wird die Restitution durch Untergang des Objekts, Entziehung der Verkehrsfähigkeit oder sonst unmöglich, so wird der Schuldner nicht frei; vielmehr ist der Werth, den das Darlehnsobjekt zur Zeit der Hingabe[135]) gehabt hat, zu zahlen.

Ueber den Erfüllungsort ist bereits an anderer Stelle gehandelt worden.[136])

Die Restitution hat zur verabredeten Zeit zu erfolgen. Der Vertragsfreiheit ist hierbei nur partikularrechtlich und nur zu Ungunsten der gewerblichen Pfandleiher eine Schranke gezogen.[137]) Die Rückzahlung kann von der Solvenz oder dem Willen des Schuldners.[138]) auch von der Unregelmässigkeit

---

[129]) Auch bei Hingabe zum Verkauf behufs Darlehns. Holzschuher p. 516 ff. Vgl. überhaupt Dernburg § 178 Not. 8 u. 9.

[130]) Vgl. Thöl, Entsch. p. 109.

[131]) Marquard II c. 8 Nr. 21 hebt das Recht die empfangenen Sachen in natura zu restituiren als erste Besonderheit des Darlehns in curia mercatorum hervor; „de jure civili non est mutuum, si iidem nummi restituantur." Vgl. gegen letztere Annahme Huschke p. 18 Not. 1, Gruchot p. 659 ff. Not. 2.

[132]) Die Fälle, die ausser dem foenus nauticum überliefert sind, bei Windscheid § 371 Not. 8.

[133]) Endemann p. 662

[134]) Dernburg § 176 Not. 6. Vgl. auch unten bei Not. 161 ff., sowie oben p. 835 nach Not. 16.

[135]) Dernburg § 178 Not. 8, Eccius I p. 655, II p. 300. Vgl. oben bei Not. 105 ff. Vgl. auch Württemb. Entw. Art. 311 Abs. 3 u. Motive zu A. 391 p. 355. Nach C. c. 1903 ist der Werth der vertragsmässigen Restitutionszeit, falls aber weder eine solche, noch ein Restitutionsort festgesetzt worden, der Werth zur Zeit der Hingabe zu entrichten. Pont Nr. 198—201 bezieht die Bestimmung des C. c. 1903 auch auf den Fall einer „quasi-impossibilité", Laurent 506 auf absolute und relative Unmöglichkeit. Ueber den Einfluss der Münzänderung auf die Darlehnsrückgabe vgl. Marquard II c. 8 Nr. 25. (hierzu Endemann, Studien II p. 367 ff.) Goldschmidt § 105 Not. 55, Windscheid § 256 Not. 23 ff., Pont 203—214, Argent. 702, Chile 797, Cundinam. 355 Laurent 509 ff.

[136]) Oben II p. 506 ff., bes. p. 511 (Regelsberger); vgl. auch Pont Nr. 215 u. 216. — Argent. 705 (im Zweifel am Wohnort des Schuldners).

[137]) Preuss. Ges. v. 17. März 1881 §§ 4 u. 7, K. Sächs. v. 21. April 1882 §§ 3 u. 4, Sächs. Altenb. Ges. v. 4. April 1882 §§ 4 u. 7, Württemb. V. v. 15. März 1882 § 12. Fälligkeit tritt nicht vor 6 Monaten ein, doch darf der Schuldner früher zahlen. Dernburg I § 160, II § 178 Not. 11

[138]) In ersterem Fall hat der Richter die Frist festzusetzen. Liegt dagegen der zweite Fall klar vor, so ist das Darlehn erst mit dem Tode des Schuldners fällig; doch

der Zinszahlung[139]) oder von der Vornahme einer Kündigung abhängig gemacht sein. Das Kündigungsrecht kann entweder nur dem Geber[140]) oder nur dem Nehmer oder jedem von Beiden, es kann dem Berechtigten gegen den Willen oder nur mit Zustimmung des Gegenkontrahenten zustehen.[141]) Ist keine Restitutionszeit ausdrücklich vereinbart, so darf gleichwohl die Restitution nicht unmittelbar nach der Hingabe gefordert werden; eine gewisse Frist ist bei jedem Darlehn, insbesondere bei kaufmännischen, als gewollt anzunehmen,[142]) es wäre denn Restitution auf beliebige Aufforderung hin ausdrücklich vereinbart.[143]) Die Bestimmung jener Frist steht dem Richter zu.[144]) Eine Reihe von Partikular- und auswärtigen Handelsgesetzen ergänzen die fehlende Vereinbarung der Parteien durch die Bestimmung von gesetzlich normirten Kündigungsfristen.[145])

Vor Fälligkeit darf der Gläubiger trotz eigenen Bedürfnisses[146]) und, vom

---

ist im Zweifel gegen jene zweite Alternative zu interpretiren. Vgl. oben II p. 513 Not. 5 (Regelserger). Vgl. auch Pont Nr. 181, 182. Laurent 504, Alauzet p. 141. Chile, H.G.B. 796. Argent. 706, Motive des Württemb. Entw. p. 355. Busch 28 p. 461.

[139]) Clausula cassatoria. Ueber Begriff und Beweislast vgl. besonders Gruchot p. 755 ff. und die dort Citirten. Nur der Gläubiger kann sich auf sie berufen. Dernburg § 178 Not. 15.

[140]) Nach Holzschuher p. 516 kann eine bloss vom Gläubiger stipulirte Kündigungszeit auch der Schuldner im Zweifel für sich in Anspruch nehmen.

[141]) Thöl § 296.

[142]) Scaccia § 1 qu. IV Not. 13 „modo tamen non statim repetat, quia si repeteret statim, videretur dolose mutuavisse, ut mutuatarium deciperet, damnumque illi inferret.“ Vgl. auch § 1 qu. VII p. 2, ampl. 3 N. 20 u. 23, „quod de natura mutui est, ut mutuum non possit statim repeti.“ Vgl. auch Windscheid § 371 Not. 4, § 273 Not. 5, Koch, Oblig.R. III p. 320, Eccius § 137 Not. 111, Schmidt p. 363 zu 1077, Sächs. G.B., Pont Nr. 179 (C. c. 1900), Vidari V Nr. 2350 (Codice civ. 1826) Bluntschli, Erl. zum Züricher B.G.B. III p. 151: „In dem Begriff des Darlehns liegt schon ein gewisser Aufschub.“ Gruchot p. 760 ff. Vgl. auch Dernburg § 178 Not. 17. „Meinung bei einem jeden Darlehn ist, dem Entlehner auf längere oder kürzere Zeit Kredit zu geben; aber juristisch hierzu verbunden ist der Darleiher nach röm. Recht nur, wenn er die Rückzahlung durch besondere Vereinbarung zur betagten macht.“ Vgl. auch Endemann, Zeitschr. IV a. a. O., Reyscher § 441, Würtemb. Entw., Motive p. 355 u. unten § 433 Not. 43.

[143]) Schwz. Oblig. A. 336. Solche jederzeit zurückziehbare Darlehen pflegt man mit Vorliebe Depositengeld zu nennen. Thöl § 296.

[144]) Gruchot a. a. O., Pont 179, Laurent 503. H.G.B. von Cundinam. 354, Vidari a. a. O.

[145]) Preuss. L.R. I 11 § 761 ff., 4 Wochen bei einem Darlehn bis 150 Mark, 3 Monate bei höherem Betrag. Nach Schwz. Oblig.R. 336: 6 Wochen. Span. 390 Cundinam. 253, Guatem. 378 u. Württbg. Entw. A. 391: 1 Monat. Chile 795: 10 Tage. — Das H.G.B. von Argentina hat statt einer gesetzlichen Kündigungsfrist in A. 705 die gesetzliche Fälligkeit aller unbefristeten Darlehen 10 Tage nach dem Vertragsabschlusse festgesetzt; die von Osk. Borchardt II p. 717 Not. 2 angenommene Uebereinstimmung mit dem spanischen, chilenischen, columb. u. guatem. Recht besteht sonach nicht. Eine Reihe älterer Gesetze bei Gruchot p. 763.

[146]) Gruchot p. 754, Pont Nr. 175; über Dankwardt vgl. oben Not. 58.

Konkurs abgesehen, trotz entstehender Unsicherheit des Darlehnsnehmers[147]) die Rückzahlung nicht verlangen; der Schuldner darf bei dem verzinslichen[148]) Darlehn, — dies dürfte aus der Natur des Geschäfts (H.G.B. 334) zu folgern sein — dem Gläubiger die Zahlung vor der Fälligkeit nicht aufdrängen, es sei denn, dass er die Zinsen für die ganze Zeit bis zur eigentlichen Fälligkeit entrichtet.[149])

2. Er ist verpflichtet, das Darlehn, und zwar bei dem aktiv kaufmännischen Darlehn auch ohne[150]) besondere Abrede, zu verzinsen. Die Lehre von den Zinsen ist bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellt worden.[151])

XII. Das Darlehn kann durch jedes Beweismittel erwiesen werden.[152]) Eines der vortheilhaftesten[153]) ist der Schuldschein. Er hat unmittelbar mit seiner Ausstellnng volle Beweiskraft; die Vorschrift des römischen Rechts über die Suspension der Beweiskraft ist für den Bereich des Handelsrechts bereits durch Art. 295 H.G.B. und jetzt generell durch § 17 Einf.-Ges. zur C.P.O. beseitigt.[154]) Eine Erhöhung der Beweiskraft des Schuldscheines durch Zeitablauf findet

---

[147]) l. 2 C. IV 39. Seuffert VI 137, Eccius Not. 105. A. M. Gruchot p. 758, die dort Citirten, Glück XII 93 u. Partikularrechte, wie preuss. L.R. § 759 ff., C. c. 88, Pont N. 176.

[148]) Für das unverzinsliche Darlehn nimmt die gemeinrechtliche Doktrin das Gegentheil an. Vgl. die Citate bei Gruchot p. 757 Not. 2 („debitori ante diem solvere licet in mutuo, non in foenore"). Dernburg § 178 Not. 12 verwirft auch für das unverzinsliche Darlehn das Recht des Schuldners zur Anticipation. Nach Sächs. B.G.B. § 717 steht es ihm dagegen zu. Schmidt p. 363. Ebenso nach franz. C. c. 1187. Pont Nr. 178.

[149]) Koch, Oblig.R. III p. 320 Not. 5 (Glück XII p. 93, Stryck usus mod. 46 T. 3 § 14). Sächs. B.G.B. § 718, Schmidt p. 363. — Pont a. a. O. — Nach Preuss. Recht I, 11 § 658 darf der Schuldner überhaupt nicht früher leisten. Dernburg a. a. O. Eccius § 137 Not. 105. Ebenso generell Chile, H.G.B. Art. 117. Nach Art. 94 Schwz. Obl.R. kann er stets früher zahlen. Vgl. auch noch das franz. Warrantgesetz bei Hecht p. 83.

[150]) H.G.B. Art. 290 Abs. 2 (oben Not. 40). Schweiz. Oblig.R. Art. 330: „im kaufmännischen Verkehr sind auch ohne Verabredung Zinsen zu bezahlen." Portugal 280, 637. Chile 798. Einer schriftlichen Festsetzung bedarf es nach H.G.B. v. Argent. 711, Span. 394, sowie nach dem Württemb. Entw. 394. Bezüglich Frankreichs ist die Frage streitig: besondere Festsetzung verlangt Pont 250: „La règle que le prêt ne porte pas intérêt de plein droit est appliquable même au prêt commercial" (mit Ausnahme des Kontokurrents); dagegen Pardessus II Nr. 470, 289.

[151]) Oben II § 252 (Regelsberger). Der Zinsenlauf hört nicht schon durch erfolgte Anerbietung, sondern erst mit Deposition der Schuldsumme auf. R.O.H.G. XVIII p. 137.

[152]) Mutuum quomodo probetur. Gruchot p. 702. Holzschuher p. 514.

[153]) Ohne Schuldschein hat der Kläger die Hingabe und den Rechtsgrund derselben zu beweisen (oben II p. 487 (Regelsberger), Gruchot p. 662); besitzt er einen Schuldschein, so genügt die Produktion desselben. Der Schuldschein braucht die causa debendi nicht zu enthalten (oben II p. 487, 490. Gruchot p. 712 ff.). Ueber den Beweis des Darlehns durch einen Wechsel vgl. Busch XXVIII p. 102 ff., XXIX p. 137, Zeitschr. f. H.R. XV p. p. 584. R.O.H.G. V p. 253 ff.

[154]) Windscheid § 372 Not. 16, Dernburg § 178 Not. 30, Stobbe p. 293 Not. 3—11. Die querela non. num. pec. ist auch in Argentina 703 aufgehoben.

gleichfalls nicht mehr statt.[155]) Ueber die Bedeutung des Schuldscheines als Dispositionsakt[156]) und seine Anfechtbarkeit[157]) ist an anderer Stelle bereits gehandelt.

XIII. Dem Darlehn ist in den Gesetzen vielfach das mehrdeutige Wort Vorschuss zur Seite gestellt.[158]) „Vorschiessen" bedeutet sprachlich zunächst soviel wie zählen und zahlen,[159]) dann insbesondere das Vorauszahlen. Juristisch bedeutet es

1. das gewöhnliche Darlehn; hierfür streitet im Zweifel die Vermuthung;[160])
2. das Darlehn gegen Pfand (Lombard);[161])
3. den vom Reporteur gezahlten Kaufpreis im Reportgeschäft;[161a])
4. die provisorische (antizipirte) Erfüllung einer bedingten oder betagten oder zukünftigen Schuld.[162]) Wird jene Schuld ganz existent, so verwandelt sich die provisorische Zahlung in eine definitive, das Hingegebene wird mit dem, was der Geber dem Empfänger schuldig geworden, kompensirt. Insoweit die im voraus bezahlte Schuld nicht zu Stande kommt oder anderweit getilgt wird, kann das Hingegebene kondizirt werden, doch nicht als selbständiges Darlehn, sondern unter Nachweis der Defizienz oder anderweiten Tilgung jener

---

[155]) Struckmann u. Koch Not. 1 zu § 17 cit, wo auch die reichen Literaturnachweise. A. M. Stobbe a. a. O. Not. 12.

[156]) Oben Regelsberger II p. 489 Not. 23, vgl. auch Endemann, H.R. p. 661 Not. 9 und jetzt noch Bähr, Urtheile des R.G. p. 23, 24.

[157]) Nicht bloss Anfechtung wegen Betrugs, Irrthums u. Simulation, sondern auch den einfachen Gegenbeweis der Nichtschuld scheinen zuzulassen Argentina 703 u. Chile 805. — Vgl. jetzt aber R.G. IX p. 313 (12. Jan. 1883), auch Bähr a. a. O. p. 24.

[158]) H.G.B. A. 290, Frz. C. d. c. 93, 95. Schwz. Oblig.R. 512. Chile A. 806, „Vorschüsse, welche Handelsoperationen betreffen, werden als wirkliche Darlehne angesehen." Vgl. auch oben Not. 34, 35.

[159]) Zeh p. 6. „Pecuniae numeratae rationes habet vocabulum „vorschiessen" et „Vorschuss" numerationis." — Man lässt beim Zählen die Geldstücke durch die Finger „schiessen". — Einschuss für Anzahlung vgl. oben II p. 579 (Gareis).

[160]) Oben Not. 74. — Das R.Genoss.Ges. § 1 spricht von „Vorschuss- und Kreditvereinen"; der Abg. Glaser hatte beantragt, statt Vorschussverein zu sagen: „Vereine, welche ihren Mitgliedern Darlehen geben." Vgl. darüber Sicherer p. 156.

[161]) R.O.H.G. V p. 425 (27. April 1872), Puchelt II p. 50, Kowalzig p. 345, Dernburg § 176 Not. 10, Endemann p. 662, Gad p. 286 Not. 6. Das Effekten-Lombardgeschäft wird vielfach als Vorschussgeschäft bezeichnet, z. B. in den Geschäftsberichten des Wiener Giro- und Kassen-Vereins. Vidari 2327 „anticipazione o un prestito sopra deposito."

[161a]) Vgl. oben III p. 33 (Grünhut).

[162]) R.G. III p. 87 (11. Dezbr. 1880), Heimbach p. 217 ff., 219 bei Not. 3 (pro mutuum, Vorschüsse), Huschke p. 14 ff. u. Brinz in der K.V.J.S. XXV p. 188 ff. — Im ital. Text des Schweiz. Obl.R. steht in Art. 437, 439, 512, 537 anticipatione, wo der deutsche von Vorschüssen, der franz. Text von „avances" spricht; eine Abweichung bietet uns Art. 400, wo der deutsche Text das Wort „Auslagen", der franz. avances, der ital. anticipazione enthält. — Ueber den kautionsweisen „Vorschuss" oder „Vorstand" der österreichischen Pächter zur Deckung eventueller Ansprüche aus Beschädigung des Pachtobjektes vgl. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherung p. 6 Not. 13.

provisorisch gezahlten Schuld.[163]) Der Vorschuss in diesem Sinne erscheint sonach als eine dadurch ausgezeichnete Art der Vorleistung, dass die Rückleistung principaliter durch Kompensation und nur eventuell durch Zahlung erfolgen soll.[164]) Vorschuss in diesem Sinne leistet besonders häufig der Mandant,[165]) der Miether,[166]) der Verkaufskommissionär,[167]) auch der Käufer.[168]) Der Vorschiessende kann nicht mit der Darlehnsklage auftreten, er muss vielmehr unter Offenlegung des konkreten Rechtsverhältnisses klagen und den Wegfall der Kompensation begründen. Die partikularrechtlichen Kündigungsfristen des Darlehns gelten für den Vorschiessenden nicht.

5. jede für Rechnung eines Anderen gedeckte oder ungedeckt gemachte Geldverwendung, so besonders des Gesellschafters,[169]) Mandatars, negotiorum gestor, Einkaufskommissionärs. Auch diese Art des Vorschusses kann nicht mit der Darlehnsklage, sondern nur mit der betreffenden Geschäftsklage geltend gemacht werden.[170]).

Ueber das Recht des Kaufmanns auf Verzinsung seiner Vorschüsse ist oben II p. 498 bereits gehandelt.

XIV. Als zinsbares Darlehen bezeichnet man vielfach[171]) auch das **Eskompte-** oder das **Diskontogeschäft**, d. h. den Erwerb von noch nicht fälligem

---

[163]) Dernburg § 176 Not. 6, R.O.H.G. X p. 189.

[164]) Oben Not. 134.

[165]) Vgl. Dernburg § 182 Not. 3, Bähr, Anerkennung p. 37.

[166]) Sachmiethe: Striethorst 25 p. 37 (Dernburg § 176 Not. 6). Besonders oft bei Dienstmiethe z. B. Vorschuss auf den noch nicht verdienten Lohn des Handlungsgehilfen etc.

[167]) „Vorschuss im besonderen Sinne", vgl. Entsch. des O.A.G. Lübeck in Bremer Sachen IV p. 499, auch v. Hahn § 10 zu A. 371, Keyssner Not. 9 zu A. 371, Puchelt Not. 9 zu A. 290, Grünhut, Kommiss. p. 262.

[168]) R.G. III p. 87 „als provisorische Leistung, nicht als Zahlung, sondern als Deckung, als Vorschuss". . . .

[169]) v. Hahn, Komm. zu Art. 93 § 4, Dernburg § 219 Not. 21, oben I p. 366 (Lastig). — Das R.O.H.G. (9. März 1872) V p. 260 (Nr. 56 a. E.) bezeichnet den Vorschuss des Gesellschafters als „darlehnsartiges Geschäft", vgl. indess auch preuss Ob.Trib. 10. März 1857 (bei Koch Not. 37 zu § 225 I 17). Die Gesellschaftseinlage und deren Vermehrung ist kein Vorschuss und kein Darlehn. Vgl. Busch 41 p. 131 (Oesterr. Ob.G.H. 1877 31. Oktbr.).

[170]) R.G. III p. 87. Nur scheinbare Ausnahme ist es, wenn ein Schuldschein über den Vorschuss als über ein Darlehn ausgestellt, und wenn auf Grund dieses Darlehnsschuldscheins geklagt ist. R.O.H.G. V p. 260.

[171]) Wagner in Schönbergs Handbuch I p. 324: „Das Diskonto-Geschäft ist die Gewährung von Darlehen gegen Wechsel, welche an die Bank girirt werden, unter vorweg erfolgendem Abzug des Zinses." Massé IV 2668. Pont 284, 292, Frémery p. 79, 82, Lyon-Caen 1391; Byles, bills of exchange p. 313; Pöhls p. 203, der indess p. 700 selbst zugesteht, dass dies ein unregelmässiges Darlehn sei, welches schon einige Merkmale eines Kaufs annehme. Bolivia A. 341 behandelt den Diskont von Wechseln und anderen indossirbaren Handelswerthen im Kapitel vom Handelsdarlehn, Brasil. Art. 255 im Kapitel vom Darlehn und von kaufmännischen Zinsen.

Werthpapier unter Abzug. Der Erwerber heisst **Diskonteur,** der Gegenkontrahent heisst **Diskontist.**

Wirthschaftlich dient allerdings die Diskontirung, die übrigens nicht nur bei Wechseln, sondern auch bei Anweisungen, noch nicht fälligen gezogenen Loospapieren, Warrants, Koupons, Dividendenscheinen und Schatzscheinen begegnet,[172]) den Zwecken der Darlehnsgewährung;[173]) der Diskonteur gewährt, wie beim Darlehn, dem Diskontisten in der Regel kurzfristigen Kredit.[174]) Der Kreditpreis besteht in dem **Diskonto,** d. h. in dem Abzug von der Summe des diskontirten Papiers; er richtet sich nach der Länge der bis zum Verfalltage noch fehlenden Zeit, sowie nach der Grösse der Gefahr der Nichteinlösung.[175])

Gleichwohl ist das Diskontogeschäft selbst kein Darlehn; in der überwiegenden Anzahl der Fälle ist der Diskontist nicht einmal prinzipaliter, vielmehr nur eventuell, zuweilen sogar gar nicht[176]) zur Restitution verpflichtet.

Abgesehen hiervon erwirbt aber der Diskonteur gegen seine Zahlung ein Werthpapier; der Diskontist verpflichtet sich nicht sowohl, das Empfangene selbst oder durch den aus dem Werthpapier Verpflichteten zu restituiren, sondern zur Uebergabe einer Sache mit oder ohne Garantie der darin verkörperten Forderung. Das Diskontogeschäft ist weder Darlehn, noch ein Inkassomandat,[177]) noch ein Vertrag besonderer Art,[178]) sondern nichts Anderes als der entgeltliche Erwerb eines Werthpapiers, mithin ein **Kauf,** vollzogen durch Uebergabe des Papiers,[179]) dessen Kaufpreis nur durch eine nach Prozentsatz und Zeit sich bestimmende Rechnung im konkreten Fall festgestellt zu werden pflegt.[180]) — Das gewerbmässig betriebene Diskontogeschäft ist Bankiergeschäft.[180a])

---

[172]) Wagner, Zettelbankpol. p. 300 ff. Ueber Warrantdiskondirung vgl. besonders Hecht, Die Warrants p. 88 ff., Heine in Zeitschr. f. Staatswissensch. 1867 p. 622 ff., Lyon-Caen Nr. 732 u. 1405, Vidari V Nr. 2404 ff., Zeitschr. f. H.R. XXIX p. 522. Während die öffentlichen Banken Wechsel in der Regel nur mit 3 Unterschriften diskontiren dürfen, ist ihnen vielfach die Diskontirung von Warrants mit 2 Unterschriften gestattet.

[173]) Kapitalisten bedienen sich des Diskontirens gern zur vorübergehenden zinsbaren Anlage von Kapital. Wagner im Handbuch a. a. O. Treitschke, Encyklopädie des Wechsels p. 339.

[174]) Hübner, Banken p. 81.

[175]) Dankwardt sieht in dem Diskonto dreifachen Gewinn: Zins, Provision und Assekuranzprämie; Thöl, W.R. p. 502 § 129: Miethgeld und Assekuranzprämie; Endemann p. 433 Not. 12: theils Zins, theils Provision. Vgl. auch Mithoff in Schönbergs Handbuch I p. 491, 492.

[176]) Man denke an diskontirte Kupons, an Wechsel, die ohne Obligo oder unter Benutzung eines älteren Blankogiros indossirt werden.

[177]) So Pöhls p. 203. Vgl. auch Dernburg II § 84 Not. 7.

[178]) So Triaca vgl. Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 327 (Goldschmidt).

[179]) Es braucht nicht gerade „indossirt" zu sein, wie Goldschmidt in Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 327 annimmt.

[180]) Für den Kauf Thöl § 28 Not. 3. W.R. a. a. O. („erhandeln"), auch Dernburg II § 84 Not. 7 (doch kann auch ohne Verpflichtung für die Bonität der Forderung einzustehen, indossirt werden), Gareis p. 477, Mittermaier § 351, Bender § 353 p. 529, Heise § 83, Morstadt p. 127, Dankwardt p. 86, Goldschmidt a. a. O.

Neben diesem eigentlichen Diskontogeschäft gibt es aber allerdings noch eine Manipulation, die in die Formen der Diskontirung ein nicht nur wirthschaftliches, sondern auch juristisches Darlehnsgeschäft gegen Unterpfand einkleidet. Es entspricht diese Manipulation der Einkleidung des Pfanddarlehns in Verkauf auf Rückkauf.[181]) Hier gesellt sich zu dem Verkauf des Diskontenpapiers noch ein Vertrag über Recht und Pflicht des Diskontisten zur Wiedereinlösung vor Verfall.[182]) Dass durch Hingabe zur Diskontirung, wie durch die Diskontirung selbst unter Kreditirung der Valuta ein Darlehn entstehen kann, ist bereits erörtert.[183])

XV. Dem Darlehn kann [183a]) ein Darlehns-Vorvertrag vorausgehen. Derselbe tritt in dreierlei Form auf, indem er entweder nur zur Hingabe eines Darlehns (pactum de mutuo dando) oder zur Annahme eines Darlehns (pactum de mutuo accipiendo) oder zum Geben und Nehmen (p. de mut. dando et accip.) verpflichten will. Selbst die letztere Form fällt nicht mit dem Darlehnsvertrage selbst zusammen.[184]) Welche der drei Formen als gewollt anzunehmen, ist Thatfrage; eine Präsumption lässt sich nicht aufstellen.[184a])

Der Abschluss des Darlehnsvorvertrags kann gemeinrechtlich stets,[185]) in dem Gebiete des Preuss. Landrechts wenigstens dann formlos erfolgen, wenn der Hauptvertrag, auf den er sich bezieht, Handelsgeschäft ist.[185a]) Aus der blossen Hingabe und Annahme eines Schuldscheines über das in Zukunft zu gebende Darlehn folgt zwar der Abschluss eines pact. de mutuo accipiendo, nicht aber ohne weiteres der Abschluss einer der beiden andern Formen des Darlehnsvorvertrages.[186])

---

u. Handbuch § 109 bei Not. 37, Treitschke a. a. O., Troplong Nr. 369, 379. Alanzet p. 140 „vente et achat de créance." Busch IV p. 468 (Commerz. Colleg. Danzig 23. Septbr. 1864). Anscheinend auch R.O.H.G. III p. 433 (24. Oktbr. 1871) „es handelte sich nicht um ein gewöhnliches Darlehn, sondern um ein kaufmännisches Diskontogeschäft". Ueber den Unterschied zwischen Zins und Diskont vgl. auch Scaccia § I qu. 7 p. 1 No. 74—83.

[180a]) Vgl. Goldschmidt § 53 Not. 3a. Busch IV p. 464 ff. R.O.H.G. III p. 434, Endemann, oben I p. 71 Not. 33, Leone Levi p. 491, 493. Erfolgt die Diskontirung zum Zweck der Weiterveräusserung, so ist dieselbe absolutes Handelsgeschäft nach A. 271 Z. 1.

[181]) Vgl. oben Not. 77.

[182]) Treitschke p. 339, Heise a. a. O., Bender a. a. O., Thöl, W.R. § 129, Wächter, Encyklopädie p. 218.

[183]) Vgl. Not. 101. — Ueber Diskontirung zur Sicherung eines Darlehns und die Ausstellung eines Wechsels gegen Darlehnsempfang, vgl. Wächter p. 219, 133, 320. Troplong p. 374, auch Bähr p. 57 Not. 3 u. Endemann § 139 Not. 3.

[183a]) A. M. Thöl § 246: „Es ist also stets ein Vorvertrag vorhanden." Vgl. dagegen oben bei Not. 86.

[184]) Eisele p. 23 ff., vgl. auch oben II p. 420 Not. 20.

[184a]) Oben II p. 418 (Regelsberger).

[185]) Suffrian, Das pact. de mutuo dando, 1866, p. 4.

[185a]) Goldschmidt I § 57 bei Not. 46. Dernburg § 179 bei Not. 2 u. Not. 5. Vgl. auch oben II p. 418 Not. 12 u. Kohler, Abhdlgn. p. 60 Note.

[186]) Dernburg a. a. O., Koch III p. 232 Not. 3; Gruchot p. 666 und die dort Not. 1 Citirten.

Der Vertrag muss sich auf ein bestimmtes [187]) Darlehn beziehen; mindestens muss die Summe oder die Menge der darzuleihenden Objekte relativ bestimmt sein.[188]). Fehlt es an dieser Bestimmtheit, so kann möglicherweise ein unverbindlicher Traktat, möglicherweise ein Krediteröffnungsvertrag (§ 434) vorliegen.[188a])

Der Vertrag ist nach heutigem Recht auch formlos klagbar. Bleibt das zugesagte Darlehen aus, so kann der andere Theil entweder [189]) auf Auszahlung des Versprochenen klagen oder vom Vertrage zurücktreten; in beiden Fällen kann er das volle Interesse fordern.[190]) Ist der zur Darlehnsannahme Verpflichtete im Verzuge, so kann bei dem verzinslichen Darlehen zwar nicht auf Abnahme,[191]) aber auf das volle Interesse geklagt werden. Angebot oder Verzugsetzung oder Hinterlegung Seitens des Darlehnsgebers ist nicht erfordert; es genügt das Paratsein der Gelder,[192]) im Fall des Art. 286 des H.G.B. ist selbst dieses nicht erforderlich. Das Interesse besteht in der Regel [193]) in den vertragsmässig zugesicherten, event. den gesetzlich zu beanspruchenden Darlehnszinsen vom Tage der vertragsmässigen Abnahme für die ganze Zeit der verabredeten Darlehnsbelassung.[194])

Ueber den Erfüllungsort,[195]) die Nicht-Cessibilität des Anspruchs aus

---

[187]) Ebendaselbst.

[188]) Sächs. B.G.B. § 1068; Gruchot p. 665 Not. 3.

[188a]) Brinckmann-Endemann § 128 Not. 1: „Wenn es sich um Kreditbewilligung für einen bestimmten einzelnen Posten handelt, so nennt man dies wenigstens nicht Krediteröffnung.“ Vgl. auch J. A. Levy p. 40 ff.

[189]) A. M. Suffrian p. 5 (für ein nur alternatives Klagerecht; der Darlehnsversprecher habe das Wahlrecht zwischen Erfüllung und Ersatzleistung, weil er nicht rechtlich gezwungen werden könne, eine Darlehnsforderung zu erwerben). Vgl. aber Windscheid § 370 Not. 18; Kohler, Abhdlgn. I p. 52 ff.; Endemann p. 422 Not. 2. Gruchot p. 648 u. 665 und die dort Citirten, Koch III p. 231, Pont Nr. 13 u. 137, Zürich § 1009, Sächs. B.G.B. § 1069, Dresdner Entwurf A. 523, Bayr. Entw. 620, Schweizer Obl.R. 329. Vgl. indess oben II p. 419 Not. 15, sowie Huschke p. 26 Not. 1.

[190]) Dernburg, § 179 Not. 4, Preuss. L.R. I 11 § 655, Zürich § 1110 („wird kein grösserer Schaden nachgewiesen, so darf der Borger 1/2 % des Kapitals der Entschädigung verrechnen“).

[191]) „Ein Zwang zur Entnahme von dem Empfänger überflüssiger Gelder kann nicht als der Parteiintention entsprechend erachtet werden. Koch zu § 659 A. L.R. I 11. Dernburg N. 6. Anders für das verzinsliche Darlehn Seuffert II Nr. 165. Dresden 30. Dezbr. 1847. Vgl. noch Gruchot p. 667 u. Kohler p. 49 Note, Suffrian p. 7 ff.

[192]) So Kohler p. 46. Vgl. auch Busch XXVIII p. 523 ff. (Oester. Ob.G.H.). — A. M. Eisele p. 38. (Vom Tage der Verfügungstellung des Geldes.)

[193]) Auch auf etwa zugebilligte oder übliche Provision hat der Darlehnsgeber Anspruch. — Hat der Darlehnsgeber das Geld anderwärts zu niedrigerem Zinsfuss angelegt, so besteht das Interesse in der Differenz dieses und des verabredeten Zinses. Vgl. Kohler, Abhdlgn. p. 44 ff. Das preuss. Recht I 11 § 660 gewährt, wenn ein höherer Betrag nicht nachzuweisen, jedenfalls den halbjährigen landüblichen Zins, nach der herrschenden Ansicht als Privatstrafe selbst da, wo erweislich kein Schaden entstanden ist. Vgl. Dernburg Not. 6.

[194]) Seuffert a. a. O. Eisele p. 34. Vgl. auch R.O.H.G. I p. 214 ff.

[195]) Oben II p. 511 Not. 28, vgl. auch Dernburg Not. 3 u. Kohler p. 46 ff.

einem Darlehnsversprechen, die Verzinsung und über die Befreiung des zur Hingabe Verpflichteten durch Vermögensverschlechterung des Borgers[196]) ist bereits an anderer Stelle gehandelt.

§ 428.

2. Die öffentliche Anleihe.[1])

I. Das Wort Anleihe bedeutet im Allgemeinen jede Kapitalsbeschaffung,[2]) insbesondere mittelst Darlehns;[3]) doch pflegt man den Namen vorzugsweise für die Beschaffung grösserer Kapitalien zu verwenden.

---

[196]) Oben II p. 419 Not. 13 ff. u. III § 426. Vgl. noch Dernburg Not. 6 und nach Not. 2, Gruchot p. 667 Not. 1, Beseler § 109 a. E., Grünhut p. 256 Not. 20, aber auch Suffrian p. 5 ff., Thöl § 246 Not. 15 („die Klausel rebus sic stantibus ist auch nicht dem Vorvertrage selbstverständlich") und Erk. des Ob.G. Hamburg v. 5. März 1877 (Busch 38 p. 310): „Es kann die Ansicht nicht gebilligt werden, dass ein klarer unzweideutiger Kreditvertrag nicht gehalten zu werden braucht, wenn Umstände eintreten oder bekannt werden, unter welchen die spätere Restitution des zu Kreditirenden oder des Werthes gefährdet erscheint; sondern auch für diese Verträge ist die allgemeine Rechtsnorm anzuwenden, dass der Verpflichtung sich der Erfüllung seiner Leistung erst dann entziehen kann, wenn nach Abschluss des Vertrags der zur späteren Gegenleistung gehaltene Empfänger seine Zahlung eingestellt hat oder in eine diesem Zustande gleich zu achtende Lage gerathen ist." Der Württemb. Entw. 297 beschränkt die Unverbindlichkeit des Vorvertrags auf den Fall, dass der Gegenkontrahent „in der Zwischenzeit seinen Kredit notorisch verloren hat (die Motive p. 257 bezeichnen dies als „neu gegen das Bisherige"). Auch das Schweiz. Obl.R. A. 332 befreit den Darleiher nur in den beiden Fällen des Konkurses und der Zahlungseinstellung, mögen diese Thatsachen nach Vertragsschluss erst entstanden oder nur dem Darleiher bekannt geworden sein. Nach dem Schweiz. Obl.R. Art. 331 verjährt der Anspruch auf Geben, wie auf Nehmen des Darlehns in 6 Monaten von Eintritt des Verzugs an. Eisele p. 39.

[1]) Literatur: Brinckmann-Endemann § 125, Endemann § 139, Gareis p. 403 ff., Nebenius, Der öffentliche Kredit p. 314 ff., Gönner, Von Staatsschulden I § 40 ff., Bender p. 13 ff., v. Holtzendorff, Rechtslexikon s. v. Staatsanleihe III p. 729—739 (R.), s. v. Staatsschulden p. 760 ff. (E. Meier), Wagner in Schönbergs Handbuch II p. 431—452, Rau, Grundsätze der Finanzwissenchaft § 474 ff., Saling p. 4 ff., 351 ff., Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft p. 689 ff., Kuntze, Inhaberpapiere p. 10 ff., 472 ff., 589 ff., Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit 1859 p. 13 ff., Ihering, Vermischte Schriften p. 241 ff., Bekker in seinem Jahrb. I p. 310 ff., 400, 417, Kuponsprozesse p. 41, 129, 160 ff., Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs § 109, Schulze, Preuss. Staatsrecht II p. 484 ff. — E. Francke, Das neue preuss. Staatsschuldbuch (in Schanz's Finanzarchiv 1884 I p. 265—305) konnte nicht mehr benutzt werden. — Zur Geschichte der öffentlichen Anleihe vgl. ausser den Genannten: Neumann, Gesch. des Wuchers, besonders p. 420, 527 ff., Endemann, Studien I p. 374 Not. 32 u. 429, Hübner p. 114 ff., Knies I p. 178, II 29, Büsch, Darstellung der Handlg. III c. 6 § 11 ff., Zus. 57, Grossmann, Die Amsterdamer Börse von 200 Jahren; R. Ehrenberg, Die Fondsspekulation und die Gesetzgebung p. 8 ff. — Aeltere Literatur bei Bender p. 13 Note u. p. 156, Mittermaier II p. 7 Not. 9 ff.

[2]) Goldschmidt, Lucca-Pistoja p. 27, vgl. auch den anonymen Aufsatz in Zeitschr. f. H.R. III p. 137.

[3]) Ebendas. Vgl. auch Zeh p. 1: „Nam verbis illi utuntur in significando mutuo generalibus et ambiguis." In quorum numero sunt „Anlehen".

II. Die Anleihe ist eine **öffentliche**, wenn der Kapitalsuchende sich nicht an eine oder etliche bestimmte Personen, sondern mittelbar oder unmittelbar an eine unbestimmte Vielheit von Personen behufs Kreditgewährung wendet.[4]) Nicht erforderlich ist für den Begriff der Oeffentlichkeit, dass die Anleihe vom Staat oder einer öffentlichrechtlichen Korporation aufgenommen wird.[5]) Selbst Privatgesellschaften[6]) und Privatpersonen (z. B. Grossgrundbesitzer, Standesherren,[7]) Fabrikunternehmer) können öffentliche Anleihen aufnehmen. Andererseits kann auch der Staat eine Privatanleihe abschliessen.[8]) Nur von der öffentlichen Anleihe wird in der Folge gesprochen.

III. Da die öffentliche Anleihe für eine Vielheit von Personen bestimmt ist, so bedarf es der Zerlegung der aufzunehmenden Anleihesumme in eine Anzahl von Theilen. Ueber die Theile werden meist[9]) Urkunden (Obligationen, Partial-Obligationen, Partialen) ausgefertigt und dem Publikum überlassen. Diese Partialen[10]) sind gewöhnlich mit fortlaufenden Nummern versehen und dadurch erkenntlich individualisirt.[11]) Sie lauten meist auf den Inhaber, seltener auf den Namen mit oder ohne Zulassung des Indossaments.[12]) Diejenigen, denen die Anleihe-Theilforderung zusteht, nennen wir der Kürze halber **Partialisten** oder **Obligatäre**,[12a]) denjenigen, der mittelst einer Anleihe sich Kapital beschafft hat, den **Anleiheschuldner** oder **Erborger**; gewöhnlich, doch nicht stets ist er der Emittent der Anleihe (vgl. unten sub VIII, 3).

IV. Unter den vielen Eintheilungen der öffentlichen Staatsanleihen sind hier nur folgende hervorzuheben:

1. in verzinsliche und unverzinsliche. Erstere sind jetzt meist[13]) Koupons-

[4]) Gareis p. 403. Brinckmann bei Not. 5.

[5]) Endemann Not. 1. Der Begriff der „öffentlichen Kreditpapiere" wird freilich oft enger gezogen. Vgl. Kuntze p. 469, 470.

[6]) z. B. Harmonie zu Würzburg, vgl. Seuffert in seinem Arch. VII p. 263. — Die Anleihen der Aktiengesellschaften werden und waren nicht nur bei Eisenbahnen (oben II p. 202) Prioritäten oder Prioritätsobligationen genannt, vgl. Saling p. 11 und im Allgemeinen Goldschmidt, Lucca-Pistoja p. 24 ff., Endemann p. 306, Thöl § 145.

[7]) Sog. Kavalierspapiere. Seuffert a. a. O., Endemann bei Not. 1.

[8]) A. M. scheint seiner Definition zufolge Endemann a. a. O.

[9]) Ueber Ausnahmen vgl. unten bei Not. 43 ff. Nebenius p. 409. Brinckmann Not. 7. Die englische Staatsschuld war bis zum Ges. von 1865 ohne Obligationsurkunden. Stein p. 739.

[10]) Eine Reihe anderer Namen bei Kuntze p. 474.

[11]) Kuntze p. 471. Zuweilen wird die ganze Anleihe in eine Anzahl von gleich grossen numerirten Serien getheilt, die dann wieder in numerirte Stücke zerfallen. Dies kommt nicht nur bei der Lotterieanleihe (vgl. oben p. 104), sondern, wenn auch nur selten, bei der nicht aleatorischen Anleihe vor (sog. Raten- oder Serien-Darlehen). Vgl. Saling p. 351 Note.

[12]) Wagner p. 440.

[12a]) Der letztere Ausdruck ist der französischen Rechtssprache entnommen (Lyon-Caen I Nr. 378 Not. 3. Das Schweizer Obl.R. Art. 673 hat im deutschen Text A. 672 für das franz. Obligataire den schleppenden Ausdruck „Obligationär". — „Partialeninhaber" passt nicht für das reine Inskriptionssystem.

[13]) Kupons fehlen noch jetzt einem Theil der französischen Rente; die Zinsen

bogen und Talons beigegeben. Bei der unverzinslichen Anleihe wird zuweilen eine Vergütung durch Ausgabe unter dem Nennwerth oder durch Gewährung einer Prämie der Rückzahlung gewährt.[14])

2. in Anleihen **mit** bestimmt ausgesprochener **Tilgungspflicht** und **ohne** solche.

A. Erstere sind nach der Länge oder Kürze der Tilgungsfrist:

a. **kurzterminirte.**[15]) Die wichtigsten sind diejenigen des Staates, die sog. **Schatzscheine** (Schatzanweisungen, exchequer-bills, treasory-bills, bons de trésor[16]) Sie enthalten das Versprechen der Zahlung einer bestimmten Summe[17]) nach einer bestimmten kürzeren Zeit.[18]) Die Zahlungsleistung kann durch eine andere Verwaltungsbehörde als die ausstellende erfolgen;[19]) in den deutschen Reichsschatzscheinen verspricht die Reichsschuldenverwaltung, dass die preussische Staatsschulden-Tilgungskasse den Betrag zahlen werde.[20]) Sie dienen zur Antizipirung von ordentlichen oder ausserordentlichen Einnahmen.[21]) Sie sind meist verzinslich,[22]) selten, wie neuerdings diejenigen des deutschen Reichs, unverzinslich.[23]) Bei Verfall werden sie oft erneuert oder pro-

---

werden gegen Vorlegung des „Rententitel" (der „inscription en nom") gezahlt und auf der Rückseite abgestempelt. Stein p. 741 ff., 745, Saling p. 460 Not. 3, bez. Englands u. Russlands p. 459 u. 84. Ueber den Rechtskarakter des Zinskupons vgl. oben II p. 103 (Brunner) u. R.G. V p. 254 ff.

[14]) R.L. p. 733.

[15]) Wagner p. 434: „kurzterminlich" p. 440 „langterminlich".

[16]) Vgl. über sie Wagner § 24 p. 438, 439, Rechtslexikon p. 734, 735, Gönner p. 90, Nebenius p. 325, 328, Bender p. 17 ff., 21, 61, Rau § 491, Saling p. 453, Preuss. Ges. v. 28. Septbr. 1866, ReichsG. vom 9. Novbr. 1867. — Die englischen Exchequer Bills werden auf das Jahr 1696 zurückgeführt (Bender p. 61, Rau p. 491 Not. d, Rechtslexikon p. 735. — Ueber weit ältere Vorläufer („billae de scaccario") vgl. Zeitschr. f. vgl. R.W. II p. 132. In Italien heissen sie „buoni del tesoro", in Russland „Serien" oder „Reichsschatzbillets", in Oesterreich „Partial-Hypothekar-Anweisungen", vulgo „Salinenscheine." Saling a. a. O.

[17]) Wagner p. 438 „wohl nur überwiegend in ganz grossen Stücken (5—10000 M.)"; Rechtslex. p. 734 (100 M., 500 Frcs., 100 £).

[18]) So Rechtslexikon p. 734.

[19]) Wagner definirt sie a. a. O. als „Anweisungen der Finanzverwaltung auf die Staatskasse." Da die einzelnen Behörden des Fiskus nicht als verschiedene juristische Personen gelten können, (Dernburg I p. 119 Not. 2), so ist juristisch wegen Personen-Identität von Assignant und Assignat die Auffassung als Anweisung trotz des Namens „Schatz-Anweisung" abzulehnen.

[20]) Gleichwohl sind sie nicht Anweisungen im rechtlichen Sinne, sondern Zahlungsversprechen. Vgl. Laband I § 35 p. 349 ff., III, 2 p. 239. Auch kann ausserhalb Berlins der Betrag durch Vermittlung sämmtlicher Reichsbankhauptstellen, soweit deren Baarbestände ausreichen, auf Zahlungsanweisung der preuss. Staatsschuldentilgungskasse erhoben werden.

[21]) Rechtslex. a. a. O. Bender p. 20, 21, Rau § 492 Not. 2, Laband III, 2 p. 231. Sie heissen mitunter auch geradezu Antizipationen, Gönner p. 90, Nebenius p. 325.

[22]) Gewöhnlich ist der Zinsfuss 1—2 % mässiger, als derjenige der langterminirten Anleihen (Wagner p. 439). Saling p. 453 definirt sie zu eng als verzinsliche Obligationen; auch Endemann bei Not. 11 setzt stets Verzinslichkeit voraus.

[23]) Doch wird alsdann, wie bei Wechseln, der Diskont abgezogen. Vgl. Not. 14.

longirt.[24]) Die Schatzscheine bilden die wichtigste Form der sog. schwebenden Schuld des Staates;[25]) sie gehören zur Verwaltungsschuld, nicht zur Finanzschuld.[26])

b. **langterminirte** Anleihen **(Obligationen-Anleihe).**[27]) Sie sind meist verzinslich und auf den Inhaber lautend. Ein Kündigungsrecht begegnet jetzt nur noch für den Schuldner.[28]) Sie zerfallen in

α. **gleichzeitig** zu tilgende (sog. Bonds),[29])

β. **allmälich** zu tilgende. Bei diesen Letzteren steht die Wahl des jeweiligen Tilgungszeitpunktes innerhalb der Anleihefrist und des Tilgungsquantums entweder in der **Willkür** des Schuldners, oder Zeitpunkt und Quantum sind schon im voraus **planmässig** bestimmt. Die planmässig und unter Mitverwendung der ersparten Zinsen zu tilgenden Anlehen werden **Annuitäten** genannt.[30]) Die willkürliche Tilgung vollzieht sich durch **Ankauf** zum Kurse,[31]) die planmässige entweder in gleicher Weise[32]) oder, was die Regel, mittelst **Ausloosung** einer bestimmten Zahl von Partialen. Dem Schuldner kann auch das Wahlrecht zwischen Kauf und Ausloosung vorbehalten sein.[33]) Die Ausloosung erfolgt entweder zum Nennwerth oder darüber. Anleihen letzterer Art heissen **Lotterie-Anleihen.**[34]) Die planmässige Tilgung wird **Amortisation** genannt.[35])

---

[24]) Wagner p. 434, 438 (bez. der österr. Salinenscheine). Endemann p. 665.

[25]) Wagner a. a. O.

[26]) So Laband p. 231, auch Stein, dagegen Wagner p. 434 und anscheinend Ernst Meier p. 761, 762. Jedenfalls findet, da in Form der Anleihe die Vorschuss-beschaffung erfolgt, Art. 73 der deutschen Reichsverfassung auch auf die Schatzscheine Anwendung, d. h. es ist zu ihrer Ausgabe die gesetzliche Ermächtigung des Reichskanzlers erforderlich. So Laband III, 2 p. 232.

[27]) Endemann, p. 664 nennt sie „gewöhnliche Anleihe gegen Obligationen", vgl. auch Stein p. 751.

[28]) So in England (redeemable debentures). Saling p. 352 unten. Früher waren Anleihen mit beiderseitigem Kündigungsrechte häufig. Wagner p. 439.

[29]) Ueber die Aussprache des Wortes Bonds (nicht Bons!) und das Vorkommen derselben (England, Amerika, Schweiz) vgl. Saling p. 5, 352 Note u. p. 450. Zuweilen behält sich der Schuldner das Kündigungsrecht für eine geraume Zeit vor der Fälligkeit vor (a. a. O.).

[30]) Saling p. 351 u. 357 ff. Dagegen verwenden Bender p. 351 u. Rau § 500 die Bezeichnung Annuität für jene in Deutschland jetzt ziemlich unbekannte (vgl. Wagner p. 444) Klasse von Anleihen in Form von Zeit- und Leibrenten (annuities for terms of years, for life), bei dem für das hingegebene Kapital der Geber eine den gewöhnlichen Zinsfuss beträchtlich übersteigende Rente auf eine bestimmte Reihe von Jahren oder auf Lebenszeit erhält, durch deren Zahlung gleichzeitig Zins und Kapital getilgt wird. — Ueber den Gegensatz von Prozentualtilgung und Tilgungsfonds vgl. Stein p. 779 u. 794 ff.

[31]) Wagner p. 435.

[32]) Saling p. 358.

[33]) Preuss. V. v. 17. Jan. 1820. Saling a. a. O. Wagner p. 444: „etwa mit der Klausel, dass bei Kursstand über Pari Verloosung zur Tilgung al pari eintritt (Preussen)."

[34]) Vgl. unten Not. 22. — Befremdend Stein p. 776 „Die Lotterieanleihen werden stets als eine Schuldenart betrachtet, statt sie als eine Tilgungsform, die gesetzlich mit der Schuld verbunden ist, zu betrachten." Sie sind in der That eine besondere Art Anleihen; ihre Besonderheit besteht eben in der Tilgungsform.

B. Anleihen ohne Tilgungspflicht des Schuldners, sog. **Rentenanleihen** oder **Rentenschulden** (rente, annuity).[36]) Sie sind Seitens des Gläubigers stets unkündbar. Auf Seiten des Schuldners sind sie entweder **untilgbar** (ewig) oder, was die Regel,[37]) **tilgbar** (wiederkäuflich, ablösbar).[38]) Die Tilgung geschieht entweder durch freihändigen Ankauf zum Tageskurse[39]) oder durch einseitige Aufkündigung des Schuldners zur Ablösung.[40]) Auch ein Wahlrecht zwischen Kauf und Ablösung ist möglich. Die einzelnen Antheile der Rentenschuld sind entweder im Betrage der Jahresrente oder in dem der Jahresrente entsprechenden Kapitalbetrage ausgedrückt.[41]) Diese Beträge können runde oder nicht runde sein.[42]) Die Antheile müssen[43]) oder können[44]) in ein hierfür bestimmtes Buch eingetragen werden. Ueber die Eintragung wird eine selbständige, zum Umlauf dienende Partial-Obligation[45]) auf den Namen oder den Inhaber, mit

[35]) Saling p. 351. Das Wort hat hier eine durchaus andere Bedeutung als oben II p. 221.

[36]) Wagner p. 435, 445. Saling p. 458.

[37]) Wagner p. 445. — Der Vorbehalt eines Kündigungsrechtes ist schon in der Bezeichnung der Rente in Zinsprozenten eines nicht genannten Nominalkapitals (wie in Frankreich der Fall) zu finden Saling p. 451. Rechtslex. p. 737. Auch die englischen Konsols gehören nicht zu den „ewigen" Renten. A. M. Saling p. 352 Note; vgl. oben Wagner a. a. O.

[38]) Wagner a. a. O., Laband p. 235. Zu ihnen gehören die preuss. konsolidirten und alle Reichsanleihen. Preuss. Ges. v. 6. April 1870, 11. Juni 1873, R.G. v. 6. April 1870 u. 27. Jan. 1875, Laband p. 234 Not. 3, Rechtslex. p. 735 ff.

[39]) Saling p. 356, 451, Ernst Meier p. 763. Auch bei der „ewigen" Rente kann natürlich der Schuldner einzelne oder alle Antheile freihändig zurückkaufen. Wagner a. a. O.

[40]) Der Schuldner verzichtet zuweilen auf das Ablösungsrecht für eine Reihe von Jahren; Beispiele bei Saling p. 452.

[41]) Das Erstere in Frankreich (Stein p. 741, Formular p. 748), das Zweite in Deutschland und auch in England Stein p. 736, 739, Saling p. 451 a. E. Ueber eine eigenthümliche Kombination beider Arten (Inskription nach Rente, Obligation nach Kapital durch die Besitzer in Holland) vgl. Saling p. 460 Not. 2, auch Kuntze p. 476 Not. 12 (Neapel).

[42]) Das letztere wohl nur bei den englischen Konsols. Stein p. 737, 741.

[43]) So in Frankreich seit 1793, in England seit Wilhelm III. (vgl. aber auch unten Not. 45 ff.), Italien, Holland, Spanien, Belgien, (Saling p. 451, Stein p. 734 ff.). Die Eintragung erfolgt in der Weise, dass jeder einzelne Rentengläubiger „sein Folium erhält, in welchem er mit der Summe des Darlehns belastet und ihm dagegen die von ihm geschehene, ratenweise oder volle Einzahlung gutgeschrieben wird" (Stein).

[44]) Auch in Preussen besteht jetzt in Folge Gesetz v. 20. Juli 1883 ein Staats-Schuldbuch für die Schuldverschreibungen der 4 % konsolidirten Anleihe; die Eintragung ist aber nur fakultativ; sie erfolgt auf Antrag des Inhabers der Partialobligationen (Staatsschuldverschreibungen). Vgl. Not. 46—49. Aehnliches ist im Königreich Sachsen beabsichtigt.

[45]) So zuerst in Frankreich der sog. „titre", auch „Inskription" genannt (extrait d'inscription au grand livre), zunächst als titre nominatif, dann auch au porteur (Stein p. 735, 741, 742, Saling p. 459. In England das „Certifikat" erst seit 1865 (26 Vict. c. 28); es wird auf den Inhaber, „nach Wunsch auch auf Namen", übrigens nicht neben der Inskription, sondern „anstatt des Kontos" ausgestellt (a. a. O. p. 739). Ueber die Kupons vgl. oben Not. 13.

oder ohne Kupons, oder eine schlichte Benachrichtigung[46]) ausgegeben. Wo es an einem Staatsschuldbuch fehlt, werden stets selbständige Obligationen, meist auf den Inhaber, ausgefertigt.[47]) Die Umwandlung der Obligationen in Bucheintragungen[48]) und umgekehrt[49]) ist vereinzelt zugelassen. Der Rechtsnachfolger des Eingetragenen kann die Umschreibung auf seinen Namen in der Regel nur gegen Gebühr verlangen.[50])

3. in **Zwangsanleihen**, bei denen der Schuldner, der in diesem Fall nur der Staat sein kann, jedem seiner Angehörigen den gesetzlichen Zwang zur Kapitalshingabe gegen Obligationen oder Inskription auferlegt,[51]) und **freiwillige**;

4. in Anleihen des Personal- oder Realkredits.

IV. In der Regel erwirbt der einzelne Partialist seine Anleihetheilforderung durch Hingabe eines dem Nomialbetrage der Letzteren gleichkommenden oder eines grösseren oder geringeren Kapitals.[52]) Es kann aber auch, wie zahlreiche Beispiele beweisen, ihm die Anleihe-Forderung zur Tilgung einer Schuld des Anleihers aus ganz anderen Rechtsverhältnissen bestellt werden.[53])

---

[46]) Preuss. Ges. § 15; sie gilt nicht als eine über die Forderung ausgestellte Schuldverschreibung.

[47]) Deutch-österr.-russ. System, seit 1866 auch in England verbreitet. Vgl. Not. 45. Russland hat auch Anleihen mit Eintragung. Stein p. 735.

[48]) So nach preuss. Gesetz.

[49]) So in England (vgl. Not. 45) und in Preussen; hier muss sogar in 5 Fällen von Amtswegen unter Löschung der Eintragung die Ausfertigung der Obligation erfolgen.

[50]) Ueber den „transfert des inscriptions de rentes sur l'État" vgl. Stein p. 734, Pardessus Nr. 315, Guillard, Opérat. de bourse p. 42 und besonders Buchère, Traité des opér. de bourse p. 102—150; über die Girirung der englischen Konsols Stein p. 737.

[51]) Stein p. 756 ff., Wagner p. 452. — Laband p. 233 Not. 2 erklärt sie für eine Unterart der Kontribution und die Beziehung als Zwangsanleihe, die in sich selbst einen Widerspruch enthält, für eine scherzhafte oder sarkastische. Dies ist treffend bezüglich der Entstehung jener Anleihen; ihrer Wirkung und Verwaltung nach stehen sie anderen Anleihen gleich. Rechtslex. p. 734, Endemann § 138 bei Not. 4, aber auch Brinkmann § 125 Note 12. Ueber Zwangsdarlehen im alten Rom vgl. Huschke p. 15 Not. 1. Jäger p. 3.

[52]) Nach Endemann Zeitschr. IV besteht in den Prozenten, um welche die Anleihe unter pari ausgegeben wird, deutlichst der Kreditpreis (p. 58 Not. 35); überall dagegen, wo die Kreditpapiere über pari ausgegeben werden, sei es Depositum irregulare; es braucht kein Kredit erworben zu werden; ebenso, wenn niedrige Zinsen bei Emission al pari versprochen werden (p. 65 Not. 30). — Das ist aber doch nur theilweis zutreffend. Das Agio oder Desagio der Emission ist nicht an und für sich, sondern nur unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Zinsfusses der Anleihe für die Höhe des Kreditpreises entscheidend. Auch bei Emission über pari kann bei hochverzinslichen Anleihen der Anleihesucher den Kredit bedürfen und sehr theuer bezahlen müssen. Derselbe Anleihesucher kann vierprozentig vielleicht nur zu 90, fünfprozentig aber über pari emittiren. — Ueber Agio und Desagio (Damno) als Theil der Zinsleistung vgl. Leser, Die Hypothekenbanken 1879, besonders p. 24 ff.

[53]) Z. B. in Preussen behufs Ablösung der Grundsteuerprivilegien und behufs Abfindung der depossedirten Fürsten (Saling p. 455). Die preussischen Staatsschuldscheine sind zum Theil umgeschriebene Lieferungsscheine über Lieferungsvergütigungen aus den Freiheitskriegen (Koch, Obl.R. III p. 792 Not. 2a). Vgl. auch Warschauer,

Die Bestellung kann endlich auch credendi, ja sogar donandi causa[54]) erfolgen.[54a]) Es ist daher irrig, die Anleiheforderung stets auf ein zinsbares oder zinsloses Darlehn, resp. bei der Anleihe ohne Tilgungspflicht stets auf einen Rentenkauf zurückführen zu wollen.[55]) Die die Bestellung begleitenden Rechtsgeschäfte sind vielmehr jeder individuellen Färbung fähig.

Von diesen begleitenden Rechtsgeschäften verschieden ist die Anleiheschuld. Sie ist zwar nicht stets ein **abstraktes** Schuldversprechen; denn nicht gerade selten nennen die Urkunden eine causa und zwar als causa das Darlehn; immer aber ist die öffentliche Anleiheschuld, selbst wenn sie auf den Namen lautet und die causa nennt, eine Verpflichtung, bei welcher die Abhängigkeit von der causa nur so weit reicht, als die Inskription oder Obligationsurkunde ersehen lässt, bei der der oberste Grundsatz des Darlehns, dass nur soviel als hingegeben zu restituiren, unanwendbar, bei welcher vielmehr der Nominalbetrag und der Wortlaut des Versprechens für Verzinsung und Tilgung maassgebend ist.[56])

Die Anleiheschuld ist ein skripturmässiges **Zahlungs-** (nicht Darlehns-) Ver-

---

Zur Geschichte und Entwickelung der Staatsanleihen in Preussen, Leipzig 1882 p. 30 u. 34, sowie Stein p. 765 u. R.G. V p. 255.

[54]) Kuntze p. 553: „liberale oder onerose Intention." — Schenkung kann auch durch Verschaffung eines Forderungsrechts gegen den Schenker selbst erfolgen. Windscheid § 365 Not. 10.

[54a]) So werden Pfandbriefe regelmässig um eine Forderung zu begründen ausgegeben, Bekker in s. Jahrb. I p. 407. Vgl. auch Kuntze p. 16.

[55]) Vgl. auch Bekker, Kuponsprozesse p. 129, 167, sowie überhaupt in der interessanten Debatte des österr. Abg.Hauses v. 4. Febr. 1881 (bei Kaserer, Das österr. Ges. v. 28. Mai 1881 mit Materialien p. 186 ff., 196, 199), die Reden von Ritter, Jaques u. Lienbacher.

[56]) Vgl. Thöl § 28. „Das Darlehn wird verkleidet in oder ersetzt durch ein Summenversprechen." Laband p. 238 „beide (Darlehn und Rentenschuld) in derjenigen jurist. Gestaltung, welche durch die Obligationsform der Werthpapiere (Skripturobligationen) gegeben ist." Kuntze p. 473, „jede Partialobligation (auf den Inhaber) enthält eine abstrakte Forderung auf den Nominalbetrag des Papiers in Gemässheit des öffentlichen Tilgungsplans." Bekker, Kuponsprozesse p. 168. „Nun mag Mancher der Ansicht gewesen sein, dass die auf Obligationen und Kupons gesetzten Zusagen längst von der gemeinen Meinung ihren festen Platz unter den abstrakten, d. h. alle Einreden ausschliessenden Versprechen angewiesen erhalten hätten", und dazu Czylharz in K.V.J. S. XIV p. 60: „Auch die Darlehnsnatur der Geschäfte halte ich selbstverständlich nicht für zutreffend (anders nach österr. Gesetzgebung für Privatanleihenspartialen)." Gareis p. 404. „Die Schuldscheine sind zwar häufig als Darlehnsurkunde bezeichnet, jedoch cirkulationsfähig wie Träger reiner Summenversprechen. R.O.H.G. XVII p. 155 (27. Febr. 1875). Gegen die Annahme einer abstrakten Schuld bei Angabe der causa im Schuldschein vgl. Brunner oben VI p. 151 nach Not. 12 u. p. 168 Not. 1, sowie Regelsberger oben II p. 488 Not. 20. Vgl. noch Goldschmidt § 72 Not. 8 u. Zeitschr. f. H.R. XXVIII p. 72, X p. 457 (Koch). Das Reichsgericht V p. 255 lässt es „dahin gestellt, ob es dem Wesen des Inhaberpapiers irgendwie widerspricht, der Angabe eines materiellen Rechtsgrunds im Summenversprechen die Wirkung gewollter Maassgeblichkeit der dem betreffenden, in seinen Voraussetzungen jedem Inhaber gegenüber als erfüllt geltenden Rechtsgrunde eigenthümlichen Wirkungen zuzuerkennen."

sprechen und zwar entweder Kapitalzahlungsversprechen oder Rentenzahlungsversprechen oder Kapital- und Rentenzahlungsversprechen. Dieses strikte Versprechen kann der Anleiheschuldner ohne oder gegen Entgelt dem Partialisten abgeben. Ist das Aequivalent, was die Regel, Geld, so liegt ein **Verkauf** vor.[57]) Dieser Verkauf kann Baar-, Pränumerations- oder Kreditkauf, Tages- oder Zeitkauf, ein freiwilliger oder ein Zwangskauf sein. Objekt ist die skripturmässige Anleihe-Theilforderung, resp. das darüber ausgefertigte Papier oder das Recht auf die Eintragung. Der Preis (**Anleihevaluta, Emissionspreis**) kann den Nominalwerth übersteigen, ihm gleichkommen oder hinter ihm zurückbleiben. Hat der Partialist bereits aus einem anderen Rechtsverhältniss gegen den Anleiheschuldner eine Forderung, so wird die Bestellung der skripturmässigen Anleiheforderung in der Regel datio in solutum sein.[58])

V. Die Berechtigung zur Ausgabe öffentlicher Anleihen, deren Partialen nicht auf den Inhaber lauten, ist unbeschränkt. Aber auch bezüglich der Inhaber-Partialen steht sie gemeinrechtlich, insoweit es sich nicht um echte **Lotterie-Anleihen**[59]) handelt, Jedem zu; partikularrechtlich ist jedoch vielfach die landesherrliche Genehmigung erfordert.[60])

VI. Das Anleiheschuldversprechen bindet den Schuldner bei dem Inskriptionssystem mit dem Moment der Eintragung, auch ohne Ausfertigung einer Urkunde resp. Benachrichtigung. Wo keine Eintragung stattfindet, ist mit der Ausfertigung auch ohne Geben und Nehmen der Obligationsurkunde, was freilich höchst bestritten, die Verpflichtung eingegangen.[61])

VII. Auf Seite des Anleiheschuldners ist die Anleihe nur accessorisches Handelsgeschäft; der Schuldner muss also Aktiengesellschaft oder sonst Kaufmann,[62]) und die Aufnahme muss im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgt sein. Letzteres ist präsumtiv und bei Ausgabe von Obligationen, aus denen sich nicht das Gegentheil ergibt, sogar unbedingt der Fall (Art. 273, 274 Abs. 1 u. 2). Auf Seiten des Partialisten ist die Anschaffung[63]) der auszugebenden oder ausgegebenen Partialen accessorisches, ohne Kaufmannseigenschaft bei Weiterveräusserungsabsicht objektives Handelsgeschäft (Art. 271 Z. 1).

---

57) Kuntze p. 553. Endemann p. 664 bei Not. 5. Vgl. auch Bekker in s. Jahrb. I p. 407, Kaserer a. a. O., Unger, Inhaberpapiere p. 47, 99, Gareis oben II p. 549 Not. 6, Bender p. 174. Dernburg § 176 bei Not. 11 mit Beschränkung auf börsenmässig emittirte und für den Börsenverkehr bestimmte Anleihen auf den Inhaber. Vgl unten noch Not. 75.

58) Brinckmann § 125 Not. 26, Kuntze p. 555 Not. 8. Vgl. auch Bekker in s. Jahrbuch I p. 406, 407.

59) Vgl. unten bei Not. 124.

60) Brunner oben II p. 199.

61) Vgl. über diese Streitfrage oben II p. 166 ff. u. Verhdlgn. des 16. Juristentags I p. 131 ff., II p. 227 ff., Zeitschr. f. H.R. XXVIII p. 106 ff. (Goldschmidt), Brinz § 312 Not. 2, 11 u. 23.

62) Hauptsächlich kommen die öffentlichen Anleihen der Aktien-Gesellschaften (Art. 5 H.G.B., Ges. v. 11. Juni 1870) in Betracht.

63) Vgl. oben Not 57, 58. Ueber die Negotiirung der Anleihen (Art. 272 Z. 2) vgl. übrigens auch R.G. IV p. 311.

VIII. Der Vorgang, durch welchen der Kapitalbedürftige (der Erborger) mittelst öffentlicher Anleihe aus dem grossen Publikum das Kapital gewinnt, wird **Emission** oder **Begebung** genannt.[64]) Dieser Vorgang kann ein sehr verschiedener sein. Abgesehen von den Fällen des Staatszwangs und der Hingabe an Zahlungsstatt stehen dem Anleiheschuldner drei Hauptwege offen:

1. Er fertigt die Anleihepartialen selbst aus und begibt sie selbst (**Selbstemission**).[65]) Dies kann geschehen

a. mittelst freihändigen Verkaufs.[66]) Der Selbst-Emittent verkauft hierbei die zu emittirenden Obligationen oder Renten für eigene Rechnung selbst oder durch seine Beamten[67]) oder durch Mäkler oder Mandatare.[68]) Der Vertrag wird auf den Namen des Emittenten geschlossen.

b. mittelst Subskription.[69]) Der Emittent fordert selbst mittelst Prospekts[69a]) d. h. öffentlicher Bekanntmachung der Emissionsbedingungen (Quantum der Anleihe, Höhe der einzelnen Stücke, Emissionspreis, Einzahlungszeit, Tilgungsmodus) das Publikum zur Zeichnung auf, legt die Anleihe zur Subskription auf.

In der Aufforderung sind die **Zeichnungsstellen**, d. h. die zur Entgegennahme von Zeichnungen beauftragten Personen oder Institute anzugeben. Gewöhnlich sind Banquierfirmen Zeichnungsstellen;[70]) bei den Staatsanleihen auch meist die Staatskassen.[70a]) Was die **Form** der Zeichnung anbelangt, so fehlt es an einer Vorschrift bezüglich der Nothwendigkeit der Schriftform für ihre Rechtsgiltigkeit. Wengleich die wörtliche Bedeutung von Zeichnen sowohl, wie von Subskription auf Schriftlichkeit verweist,[71]) so kann es doch auch im Sinne

---

[64]) R.O.H.G. XX p. 255 (28. März 1876). „Mag auch im streng juristischen Sinne unter Emission schon der Akt der ersten Anreichung seitens des Ausstellers an einen Dritten verstanden werden (Kuntze p. 373 ff.), so versteht man doch in der Geschäftssprache unter Emission das Bringen auf den Markt, das Zuführen des Papiers an einen grösseren Kreis von Erwerbern." Vgl. auch Löwenfeld im Rechtslex. II p. 211. Vgl. auch R.O.H G. XVII p. 206 (20. April 1875). „Da in der Sprache des Börsenverkehrs der Ausdruck „ausgeben" oder „emittiren" sehr häufig auf den dem Publikum angebotenen Theil . . beschränkt wird." Brinz a. a. O. bezeichnet den Begebungsvertrag als Ausstellung.

[65]) Stein p. 762 bezeichnet diese Klasse von Anleihen des Staats als freiwillige oder Volksanleihen. Gareis p. 405 nennt diesen Weg uneigentliches Emissionsgeschäft. Im Rechtslex. p. 738 ist der Begriff Volksanleihe auf den Fall der Subskription beschränkt. Vgl. auch Saling p. 454.

[66]) Rechtslex. p. 738.

[67]) Wagner p. 448. „Das französ. System, wo ein beständiger Rentenverkauf durch den Hauptsteuereinnehmer in den Departements stattfand, indem dieser Beamte selbst das Recht hat, Inskriptionen im grossen Buch vorzunehmen und Schuldtitel (auf Renten lautend) auszustellen." Stein p. 764.

[68]) Wagner a. a. O. Endemann § 140 Not. 2.

[69]) Wagner a. a. O., Stein a. a. O., Goldschmidt, Lucca-Pistoja p. 13 ff. Rau § 504 (historisches Not. f.).

[69a]) Vgl. Löwenfeld im Rechtslex. a. a. O. s. v. Gründungsprospekt.

[70]) R.O.H.G. XVII p. 46, XVIII p. 183, XIV p. 298, XX p. 248 ff. Goldschmidt a. a. O. Lyon-Caen 1381.

[70a]) Saling p. 455.

[71]) Vgl. R.O.H.G. XXIII p. 291, R.G. IV p. 307.

einer Betheiligungserklärung aufgefasst werden. Insoweit mithin die Anleihebegebung auch nur auf einer Seite Handelsgeschäft ist (Art. 277), ist im Hinblick auf die peremptorische Fassung vom H.G.B. Art. 317 S. 2, sofern nicht die öffentliche Aufforderung das Gegentheil vorgeschrieben, die mündliche Zeichnungserklärung, mag sie durch Einzahlung erfüllt oder nicht erfüllt sein, für gültig zu erachten. — Die Zeichnung ist kein „bindender, jedoch mehrfach bedingter Vorvertrag“,[71a]) auch im Zweifel keine Acceptation einer Offerte, — denn die Aufforderung ist an das ganze Publikum gerichtet, auch ist die Zahlungsfähigkeit der einzelnen Zeichner für den Emittenten gewiss nicht ohne Bedeutung, — sondern vielmehr eine Offerte[72]) und zwar eine unbedingte. Allerdings ist diese Offerte der Menge nach nicht vollständig präzisirt, da die Reduktionsbefugniss des Emittenten für den Fall der Ueberzeichnung stets als vorbehalten anzunehmen[73]) ist; indess liegt hier einer jener Fälle vor, bei dem „ein der Menge nach nicht präzisirtes Anerbieten in mehrere, alternativ gestellte, präzisirte Anerbieten zu zerlegen, deren jedes einzelne als eine wahre Offerte erscheint, während die Erklärung (des Verkäufers) über die zu (verkaufende) Quantität die Angabe enthält, welche dieser verschiedenen Offerten angenommen werden soll.“[74]) Durch Annahme der in der Zeichnung liegenden Offerte, zu deren Ablehnung im Zweifel die blosse Zeichenstelle nicht für ermächtigt anzusehen, wird der Vertrag perfekt. Dieser Vertrag ist Kauf.[75]) Der Zeichner ist dem Emittenten zur prospektgemässen Einzahlung resp. Sicherstellung des Emissionspreises, der Emittent dem Zeichner zur rechtzeitigen Verabfolgung der von ihm auszufertigenden Obligationen oder Interimsscheine resp. zur Eintragung in das Anleihebuch verpflichtet. Die Zeichnung erfolgt oft, doch nicht stets, unter der Bedingung, dass das aufzubringende Kapital ganz oder doch in dem für den angekündigten Zweck nöthigen Theil zu den Emissionskursen zusammenkomme.[76]) Nicht rechtzeitige Verabfolgung der Stücke berechtigt den Zeichner unter den sonstigen Voraussetzungen der Art. 355 und 357 zum Rücktritt.[76a]).

Die Zeichnungsstelle kann zum Emittenten in höchst verschiedener Rechtsbeziehung stehen: sie kann blosses Werkzeug[77]) (Nuntius, Unterhändler) oder Be-

---

[71a]) So Gareis p. 403.

[72]) Art. 337, 338. Entsch. d. KammerG. v. 9. Dez. 1872 im Centr.Org. IX p. 210 ff. Vgl. auch oben II p. 427 bei Not. 16 (Regelsberger), II p. 565 Not. 26 (Gareis), aber auch I p. 541 (Primker) und Hauser in Zeitschr. f. H.R. XII p. 43. Vgl. jetzt auch die Motive zum Aktiengesetzentwurf (Busch 44 p. 160 ff.).

[73]) Gareis a. a. O. Die Repartition braucht nicht eine verhältnissmässige, sondern kann, wenn nicht anders in den Subskriptionsbedingungen ausgesprochen, eine willkürliche sein. Centr.Org. a. a. O.

[74]) v. Hahn § 5 Art. 337.

[75]) R.O.H.G. XX p. 254, vgl. oben Not. 57. Es ist auch Kauf, wenn die Papiere auf Namen lauten.

[76]) Busch XXII p. 348 (H.G. Mannheim).

[76a]) Für die Prioritätsobligationen nimmt Wiener (Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 341) dies allgemein an.

[77]) R.O.H.G. XVII p. 46, XVIII p. 183, Goldschmidt, Lucca p. 13, Renaud, Akt.Ges. p. 377.

vollmächtigter sein; im Zweifel ist das Erstere anzunehmen.[78]) Dem Zeichner gegenüber entscheidet nicht dies Verhältniss zum Emittenten, sondern das Auftreten der Zeichnungsstelle nach Aussen.[79]) Tritt die Zeichenstelle dem Zeichner gegenüber nur als Werkzeug oder als Mandatarin auf, so hat sie gegen ihn der Regel nach weder direkte Rechte noch Pflichten, es sei denn, dass sie zu dem betreffenden Zeichner in einem konkreten Vertragsverhältniss steht, z. B. von ihm das Mandat zum Bezug der Papiere angenommen hat oder seine Einkaufskommissionärin oder Verkäuferin geworden ist.[80]) Auch die blosse Zeichenstelle haftet dem Zeichner für dolus.[81])

2. Er fertigt die Partialen selbst aus, begibt sie aber nicht selbst, sondern negotiirt sie durch Dritte (**Negotiation**).[82]) Häufig geht der Negotiation ein **Submissionsverfahren** voraus, mittelst dessen der Erborger zur Stellung geeigneter Begebungsofferten öffentlich auffordert und denjenigen Banquiers, Banken oder Finanzgruppen (Konsortien),[83]) die die günstigsten Offerten gemacht, die Negotiation überträgt.[84]) Dies kann geschehen

a. durch **festen Verkauf** der Partialen zu einem bestimmten Emissionspreis, der in der Regel sofort durch Kautionsbestellung gesichert und demnächst in bestimmten Terminen nach oder gegen Aushändigung der „Stücke" (Obligationen oder Interimsscheine) zu zahlen ist. Der Negotiant ist Käufer des Emittenten und verkauft seinerseits die Partialen im eigenen Namen und für eigene Rechnung an die Partialisten, sei es **freihändig**, sei es durch **Subskription.** Letztere wird im öffentlichen Interesse zuweilen vorgeschrieben. Die Bestimmung des Subskriptions- oder freihändigen Verkaufspreises kann dem Negotianten überlassen, aber auch vom Emittenten vorgeschrieben sein. In der Differenz zwischen seinem Einkaufs- und Verkaufspreise liegt der Gewinn des Negotianten, das Aquivalent für das von ihm übernommene Risiko, die Partialen nicht vollständig absetzen zu können. Zuweilen ist dieser Gewinn durch die vertragsmässige Abrede beschränkt, bei besonders vortheilhaftem Absatz (über einen gewissen Kurs) einen Theil des Begebungsgewinnes dem Emittenten zu zahlen.[85])

---

[78]) R.O.H.G. XVIII p. 183. Von dieser Präsumption ist das R.O.H.G. XX p. 248 ff. in dem Falle abgegangen, in welchem ein ausländischer Emittent selbst zur Subskription auffordert. Hiergegen treffend Kraewel in Buschs Arch. 36 p. 63.

[79]) Goldschmidt, Lucca p. 15, R.O.H.G. XVII p. 50. A. M. Kraewel a. a. O., Busch XXII p. 349 (H.G. Mannheim 16. Novbr. 1870).

[80]) R.O.H.G. XVII p. 46, H.G. Mannheim (Busch XXII p. 349).

[81]) Vgl. unten Not. 104.

[82]) R.O.H.G. XX p. 248 ff. „Aufbringung durch Negotiation", „Banquieranleihe". Der letztere Ausdruck wird zuweilen nur für Fall b, zuweilen auch bloss für die dritte Alternative (Not. 89 ff.) angewendet. Vgl. überhaupt Stein p. 760, Goldschmidt p. 14 ff. Auch der Ausdruck Negotiation ist mehrdeutig; er wird auch für die dritte Alternative angewendet, vgl. z. B. Seuffert X p. 284 (O.A.G. Lübeck 27. Juni 1850). „Das Banquierhaus, welches das Negoce übernimmt".

[83]) Ueber Konsortien und Unterkonsortien vgl. oben I p. 772 (Lastig).

[84]) Saling p. 455, Wagner p. 448, Rechtslex. a. a. O. Rau § 505., Bender p. 27 „gewöhnlich sind es (in England) Mehrere, die vereint das Anleihen steigern."

[85]) Saling p. 455. Vgl. über den festen Verkauf überhaupt Rau § 504.

b. **kommissionsweise.** Der Negotiant ist nicht Käufer, sondern Verkaufskommissionär; er trägt nicht das Risiko des Absatzes. Er verkauft, wie im Fall a, im eigenen Namen, aber für Rechnung des Emittenten, **freihändig** oder durch **Subskription.** Auch der Kommissionär verkauft die Partialen zumeist zu einem höhern Kurse, als er dem Kommittenten in Rechnung zu stellen braucht. Die Kursdifferenz ist hier nicht Risikoprämie, sondern Verkaufs- und Delkredereprovision; denn der Regel nach steht der Verkaufskommissionär für die Erfüllung der Verpflichtung seiner Käufer oder Zeichner ein. Zuweilen wird ein Theil der Anleihe fest, der Ueberrest kommissionsweise übernommen.[86])

In beiden Fällen der Negotiation erwirbt nicht der Emittent, sondern der Negotiant das Recht aus der Zeichnung resp. dem freihändigen Verkaufe. Verpflichtet ist der Negotiant dem Partialisten nicht nur wegen dolus, sondern auch aus dem Verkaufsvertrage;[86a]) für Erfüllung des Anleiheschuldanspruches haftet dagegen nur der Emittent, soweit nicht etwa der Negotiant ein Garantieversprechen abgegeben.[87])

Zuweilen wird ein Theil der Anleihe späterer Negotiation vorbehalten, bezüglich dieses Ueberrestes aber bei Negotiation des ersten Theiles dem Banquier die Negotiation zum nämlichen oder einem andern gleichzeitig bestimmten Kurse zugesichert (sog. **Option**); der Negotiant ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, zu jenem Kurse später die Negotiirung vorzunehmen.[88]) Es ist hier mit dem Verkaufsvertrage bezüglich des ersten Theils der Anleihe ein pactum de vendendo bezüglich des Ueberrestes verbunden.

3. Er fertigt die Partialen nicht selbst aus, sondern überträgt die **Ausstellung** selbst einem Bankhaus oder Konsortium (**„technisch sog. Emissionsgeschäft“).**[89])

Dieses Geschäft ist höchst verschiedener Gestaltung fähig. Zwei Hauptformen sind zu unterscheiden, je nachdem der Erborger Schuldner des Banquiers oder Schuldner der Partialisten wird.[90])

a. Der Erborger schuldet nur dem Banquier, nicht den Partialisten. Letzteren ist nur der Banquier verpflichtet.[91]) Der Banquier setzt seine Kreditfähigkeit anstatt derjenigen des Erborgers dem Publikum gegenüber ein. Meist bestellt ihm der Erborger hypothekarische Sicherheit, **Emissionshypothek,** an welcher den Partialeninhabern ein Pfandrecht eingeräumt zu sein pflegt[92]) (Anleihen des Realkredits). Ausser Privatbanquiers und Aktienbanken

---

[86]) Saling a. a. O. Vgl. auch Dernburg 176 Not. 11.

[86a]) Ueber die Wirkung nicht rechtzeitiger Verabfolgung der Stücke vgl. Busch XXII p. 483 (oben Not. 76).

[87]) Gareis a. a. O.

[88]) Saling p. 456.

[89]) Goldschmidt p. 15.

[90]) Der bei Kuntze p. 596 sub 2 vorgesehene Fall, dass Banquier und Inhaber Korrealgläubiger des Erborgers sind, ist, wie er selbst hervorhebt, nicht üblich.

[91]) Kuntze p. 596 Fall 4.

[92]) Das Pfandrecht an der Emissionshypothek ist vielfach illusorisch. Vgl. unten Not. 111.

übernehmen oft Staatsinstitute[93]) oder Korporationen auf genossenschaftlicher Grundlage[94]) (letztere mit oder ohne Solidarhaft der Korporationsmitglieder) diese Stellung des Banquiers, indem sie hypothekarische Darlehen geben und über den Betrag derselben öffentliche Anleihepartialen (Pfand-, Renten-, Hypothekenbriefe)[95]) remittiren.

b. Der Erborger schuldet den Inhabern. Der Banquier fertigt zwar die Partialen selbst aus, aber mit der erklärten Absicht,[95a]) dass er nicht sich, sondern seinen Auftraggeber, den Erborger, obligiren wolle. Seine Haftung beschränkt sich auf die Echtheit der Partialen, abgesehen von dem Fall des dolus oder besonderer Garantie. Der Banquier kann nun wieder α) dem Erborger entweder den Emissionspreis selbst darlehnsweise geben und das Risiko der Anleihe übernehmen oder β) ohne eigenes Risiko nur den von den Partialisten ihm gezahlten Preis abführen.[96]) Im letzteren Fall (β) hat er seinerseits keine Forderung gegen den Erborger; die Käufer der von ihm als Stellvertreter des Erborgers ausgefertigten Partialen sind die ersten Gläubiger des Erborgers.[96a]) Dagegen pflegt im ersteren Falle (α) (namentlich bei den Anleihen kleinerer Fürsten und den sog. Kavalierspapieren)[97]) der Erborger eine Hauptschuldverschreibung, meist unter Hypothekenbestellung, auf den Namen des Banquiers als seines Darlehngläubigers auszustellen. Hier besteht also zunächst eine Verbindlichkeit des Erborgers gegenüber dem Banquier; diese fällt aber mit der Begebung fort, mit dieser erwächst vielmehr dem Inhaber die Forderung. Die herrschende Meinung[98]) sieht in dieser Begebung eine partielle

[93]) Z. B. Landeskulturrentenbanken (vgl. R. Koch im Rechtslex. s. v. Rentenbriefe); Kreditinstitute. Vgl. Zimmermann p. 204 ff. Kuntze p. 475 Not. 8.

[94]) Landschaften, Landkreditverbände, Immobiliarkreditvereine. Vgl. Saling p. 468 ff. Not. 58 ff., Stobbe § 104, Zimmermann p. 207 ff., R. Koch in Zeitschr. f. D. Ges. VIII p. 335 ff., Lastig im Rechtslex. III 1 p. 43 ff., Jul. Goldschmidt, Hypothekenbanken p. 184 ff.

[95]) Jul. Goldschmidt, Die Hypothekenbanken, wo auch p. 230 reicher Literaturnachweis.

[95a]) Meist erhellt diese durch Beidruckung der auf seinen Namen lautenden Hauptschuldverschreibung des Erborgers. Seuffert, Blätter f. R.Anw. VI p. 13. Bender p. 664. Vgl. noch Ihering, vermischte Schriften p. 345.

[96]) Kuntze p. 595 Fall 1.

[96a]) Endemann § 140 Not. 9. Busch X p. 236 ff.

[97]) Vgl. über diese Papiere Kuntze p. 592 ff. und bei Holzschuher II p. 190 ff., Seuffert, Blätter f. R.Anw. in Bayern VI p. 13, XI p. 1—13, XVI p. 367, Seufferts Arch. I Nr. 25 u. 26, VII Nr. 223, X Nr. 202 (Lübeck 27. Juni 1850). Bekker in s. Jahrb. I p. 310—312, Bender p. 664. Goldschmidt, Lucca-Pistoja. Arch. f. d. civilist. Praxis XIII, Beilageheft p. 42 Not. 31 (Schumm, Amortisation). Nach dem hessischen Ges. v. 19. Jan. 1859 (Zeitschr. f. H.R. III p. 175) ist nicht nur die Person, unter deren Vermittlung das Darlehn zu Stande gekommen, sondern auch Zahl, Höhe und Bezeichnung der Inhaberpartialobligationen in das Hypothekenbuch einzutragen. — Nur für den Fall der Ausstellung einer Generalobligation erachtet das Stadtger. Frankfurt (Zeitschr. f. H.R. XV p. 594) die Bezeichnung Partialobligationen für angemessen.

[98]) Kuntze p. 596, Brinckmann § 126 Not. 5, Seuffert, Blätter XI p. 3 ff., O.A.G. München 1851, 14, 4, ebendas. XVI p. 368 u. Arch. VII Nr. 223. Ob. österr. G.H. in Buschs Arch. X p. 239.

Cession pro rata, und zwar sei der erste und jeder folgende Inhaber der Cessionar des Banquiers. Hiergegen[99]) spricht aber, dass der klagende Inhaber sich als Cessionar des Banquiers auch die Kompensationseinrede entgegen setzen lassen müsste. Es ist daher die Begebung entweder als Delegation aufzufassen, wogegen nur geringe Bedenken obwalten,[99a]) oder es ist anzunehmen, dass der Erborger bei Uebertragung der Emissionsbefugniss zwar keine Korrealschuld[99b]) gegen Inhaber und Banquier, wohl aber gleichzeitig zwei ganz verschiedenartige Verbindlichkeiten unter entgegengesetzten Bedingungen eingeht: die eine gegenüber dem Banquier auf Provision, Verzinsung und Restitution des empfangenen hypothekarischen Darlehns und zwar unter Verzicht des Letzteren auf Verzinsung, Hypothek und Rückforderungsrecht für den künftigen ungewissen Fall der Begebung,[99c]) die andere gleichfalls durch Hypothek gesicherte gegenüber den Partialisten unter der Suspensivbedingung der Begebung auf skriptionsmässige Verzinsung und Tilgung der Anleiheschuld.

Das Verhältniss komplizirt sich in der Regel noch dadurch, dass der Banquier nicht nur die Annahme der Einzahlungen übernimmt, sondern auch als alleinige Zahlungsstelle für Zins- und Kapitalzahlung fungirt, so dass der Erborger nur dem Banquier zu leisten hat und durch die diesem obligationsmässig geleistete Kapitals- und Zinszahlung auch dem Inhaber gegenüber befreit wird. Endlich ist noch häufig, was indess nicht zu präsumiren, auch die Vertretung der Inhaber dem Erborger gegenüber zugesagt. Hieraus folgt aber nicht die Haftung für Zins und Kapital ex popriis, sondern vielmehr nur die Pflicht zur Vertretung der Interessen der Inhaber ferner zu pflichtmässiger Verwendung der vom Erborger empfangenen Gelder, zu diligentem Inkasso, zur Rechnungslegung und eventuell zu diligenter gerichtlicher Eintreibung vom Erborger, auch im Konkurs.[100]) Das selbständige Klagerecht der Inhaber gegen den säumigen Erborger ist durch die Stellung des Banquiers als Inkassomandatar oder Assignatar nicht aufgehoben.[101])

IX. Die Negotiirung von Anleihen sowie das technisch sog. Emissionsgeschäft sind in allen ihren Formen **Banquiergeschäfte,**[102]) und zwar bilden sie

---

[99]) Gegen die Cessionstheorie auch Bekker a. a. O. und auch Endemann § 140 III. B.: „In vielen Fällen ist sie richtiger Verkauf“.

[99a]) „Bezüglich der Zuwendung der konstituirten Pfandsicherheit an die Partialinhaber.“ So Kuntze p. 596.

[99b]) Oben Not. 90.

[99c]) Ueber Darlehnsfälle mit analogem Verzicht im Römischen Recht vgl. Windscheid § 371 Not. 8.

[100]) Endemann § 140 Not. 11—14, Goldschmidt, Lucca-Pistoja p. 15, Bekker p. 310 u. 313. Seuffert XI p. 45 Not. 5 ff. u. A.G. München (Arch. VII Nr. 260) nehmen an, dass die Verpflichtung des Banquiers zur diligenten Mahnung resp. Beitreibung rückständiger Zahlung in Vertretung der Inhaber zu den stillschweigenden Voraussetzungen des Emissionsgeschäfts gehöre. Vgl. auch Seuffert X Nr. 202 p. 284 (Lübeck). Das Klagrecht des Banquiers auf Erlag der den Partialisten durch ihn auszufolgenden Beträge verneint der oberste österr. G.H. 1866 (Busch X p. 239).

[101]) O.A.G. München 1833 (Bl. f. R.Anw. 6 p. 12, XI p. 7 Not. 11 ff.), Seuffert, Arch. VII Nr. 223. Brinckmann bei Not. 10.

[102]) Anschütz u. v. Völderndorf III p. 34 ad i. Thöl § 28 1. 1c u. 1d,

einen bedeutenden Zweig des sog. Kreditmobiliergeschäftes;[103]) sie sind sonach, wenn sie gewerbsmässig betrieben oder auch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes vorgenommen werden, **Handelsgeschäfte**. Die blosse Vermittlung[103a]) als Mäkler, die blosse Annahme von Zeichnungen, sowie der blosse Abschluss des Partialenverkaufs auf den Namen des Emittenten ist nicht **Banquiergeschäft**, wohl aber ist es die Einziehung der Einzahlungen auf die gezeichneten Beträge im Auftrage des Emittenten.

X. Wer immer bei Emission einer Anleihe, er sei Emittent, Negotiant, Mandatar, Vermittler oder Zeichenstelle, dolos, d. h.[104]) mit Täuschungsabsicht und zum Zweck der Vermögensbeschädigung mittelst Wahrheitsentstellung in einem Dritten einen wesentlichen Irrthum hervorruft, unterhält oder bestärkt, der für diesen der Bestimmungsgrund wird, ein nachtheiliges Geschäft durch Zeichnung oder ersten Kauf der Partialen einzugehen, haftet diesem, nicht aber späteren Erwerbern, für das negative Erfüllungsinteresse.[104a])

XI. Der Anleiheschuldner haftet aus seinem Versprechen skripturmässig. Er hat nur die Einwendungen, die aus dem Papier selbst hervorgehen oder ihn gegen den klagenden Inhaber zustehen. Unstatthaft ist dem dritten Inhaber gegenüber insbesondere die Einrede des nicht erhaltenen Emissonspreises.[104b])

Goldschmidt I § 53 Not. 3c u. d. Ueber die Frage, ob die Emissionsgeschäfte der Landschaften und Rentenbanken Banquiergeschäfte sind, vgl. Pardessus I Nr. 36: „Peu importe que les opérations de ces banques (publiques) aient pour objet de prêter par hypothèque sur des bien-fonds..; leur objet ne change pas, et le caractère de leurs opérations n'est pas moins commercial." Ebenso Namur I Nr. 94.

[103]) Wagner I p. 323, Saling p. 533 ff. Vgl. über die Geschichte und den Begriff der Kreditmobilienbanken Knies, Kredit II p. 396—416.

[103a]) Die Vermittlung kann aber nach Art. 272 Z. 4 u. S. 2 Handelsgeschäft sein. Vgl. Goldschmidt § 55 bei Not. 29.

[104]) Goldschmidt, Lucca-Pistoja p. 67—108. A. M. ist Ihering, Vermischte Schriften p. 263 (dolus d. i. die wissentliche und absichtliche Verletzung fremder Rechte) p. 285 (Absicht zu schaden durchaus nicht erfordert; wissentliche Verschweigung oder Entstellung der Wahrheit genügt), Windscheid I § 101 Not. 6, II § 451 Not. 2. — Endemann Not. 9 „Haft für Arglist und grobes Verschulden bedarf gar keirer Erwähnung." Vgl. aber Goldschmidt a. a. O. § 24 p. 81 Note. „Eine actio doli auf culpa lata gegründet, scheint mir unzulässig." Die Beweislast des Kausalnexus zwischen Täuschung und Nachtheil trifft den Getäuschten; anders die Entsch. d. R.O.H.G. XX p. 257 u. Ihering p. 331.

[104a]) Viel weiter geht Schweizer Obl.R. A. 672 für den Fall der Emission von Aktien oder auch Obligationen einer Aktiengesellschaft: hiernach haftet „Jeder, welcher dabei thätig war, den einzelnen Aktionären oder Obligationären für Schadenersatz, wenn er wissentlich unwahre Angaben in Prospekten oder Cirkularen gemacht oder verbreitet hat." Es kommt hier also insbesondere weder auf die Täuschungsabsicht, noch auf die Wesentlichkeit des Irrthums, noch den Kausalnexus zwischen Angabe und Zeichnung an; auch scheint hiernach auch jeder spätere Obligatär den Anspruch zu haben. Vgl. über die analogen Bestrebungen der Ausdehnung der Haftpflicht der Emissionshäuser in Deutschland (zunächst freilich nur bezüglich der Aktiengründung) Entw. Art. 249b, 180a u. 213b u. Motive (Busch 44 p. 193—198 u. 384).

[104b]) U. des Stadtger. Frankfurt a. M. 1868 in Zeitschr. f. H.R. XV p. 594.

Die Einrede des verschleierten Wuchers ist unter den Voraussetzungen des § 302 b und 302 c St.G.B. auch bei Anleihen nicht ausgeschlossen; sie kann jedoch keinesfalls dem Dritten, welcher „ohne Kenntniss des Sachverhalts" eine Anleiheforderung, die ein wucherliches Darlehn verschleiert, erworben hat, entgegengesetzt werden.[105])

Zur Tilgung der Anleiheschuld **vor** der ausbedungenen Tilgungszeit ist der Erborger, mindestens falls die Anleihe eine zinsbare ist, im Zweifel für nicht befugt zu erachten; die adjectio diei ist im beiderseitigen Interesse erfolgt.[105a]) Ist die **planmässige** Tilgung der Anleihe versprochen, so ist, wenn der Schuldner die planmässige periodische Tilgung unterlässt oder eigenmächtig wesentlich abändert, im Zweifel zwar nicht die planmässige Tilgungsbefugniss für verwirkt zu erachten,[105b]) wohl aber der Schuldner zum **Schadensersatz** verpflichtet. Insoweit nicht Prämienanleihen vorliegen, dürfte es de lege ferenda wohl der Billigkeit entsprechen, die an dem frustrirten Tilgungstermine planmässig zu zahlende Tilgungssumme unter die sämmtlichen noch nicht getilgten Partialen gleichmässig zu vertheilen, jedem Partialisten also den Anspruch auf proratarische Zahlung dieser Tilgungssumme an jedem Tilgungstermine zu gewähren. Durch eine solche Tilgung wäre weder der Obligatär geschädigt (denn ob gerade seine Obligation an jenem Termin zu tilgen gewesen wäre, ist doch ungewiss),[105c]) noch lukrirt der Erborger, noch erhöht sich die planmässige Tilgungsquote des Letzteren. Im Fall des Konkurses wird dagegen — von Prämienanleihen abgesehen — der volle **Nominalbetrag** zu liquidiren sein.[105d])

---

[105]) Der Wuchereinwand dürfte nach Oesterr. Ges. überhaupt nicht statthaft sein. Vgl. Kaserer a. a. O. Vgl. noch Bekker p. 129. Ueber die Einwirkung der Rückzahlung auf erst später fällig werdende Kupons vgl. R.G. V p. 259 ff.

[105a]) Anders nach Schweizer Oblig.R. Art. 94 u. 82 und der französischen Anschauung vgl. Scheider u. Fick p. 98. Nach Wagner p. 444 „wird die Entscheidung der Auslegungsfrage mehrfach mit nach den ökonom. Wirkungen und dem ökonom. Werth einer zugesagten Tilgung auf den Kurs der betr. Obligation zu treffen sein"; früheres Tilgungsrecht des Schuldners bei Lotterieanleihen und bei Anleihen, die unter pari stehen; kein früheres Tilgungsrecht bei Anleihen über pari. Ganz generell Stein p. 797 „da der Staat keine Verpflichtung eingegangen ist, nicht kündigen zu wollen, (!) so hat er das Recht, in jedem Augenblick seine Schulden sowohl im Ganzen als zum Theil zurückzuzahlen."

[105b]) Vgl. Wiener in Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 341. Nach dem Urtheil des R.O.H.G. v. 26. Juni 1878 (Busch 33 p. 329) „möchte in Preussen aus der Uebereinstimmung der Emissionsprivilegien .. entnommen werden können, dass in Kontraventionsfällen, durch welche der Schuldner des Rechts der Berufung auf den Tilgungsplan verlustig geht, der Nominalbetrag zurückzuzahlen ist, da jene Privilegien den Kapitalnominalbetrag als von vorn herein geschuldet und nur eine Abrede der Stundung nach Maassgabe des Tilgungsplans unter bestimmten kassatorischen Klauseln als erfolgt ansehen."

[105c]) Vgl. l. 29 § 3 D. IX 2.

[105d]) A. M. Meili p. 92, 93 u. vgl. auch unten bei Not. 127 ff. Nach französischer Praxis wird nicht der Nominalbetrag im Konkurse liquidirt, sondern der Emissionskurs, dem allerdings noch ein proportioneller Betrag der sog. Rückzahlungsprämie nach Maassgabe der bereits abgelaufenen Zeit hinzugerechnet wird („le mon-

XII. Die Partialisten bedürfen nicht selten einer gemeinsamen Vertretung gegenüber dem Anleiheschuldner, namentlich wenn derselbe in Erfüllung seiner Verpflichtung säumig ist. Diese Vertretung kann freilich von sämmtlichen Obligatären im konkreten Falle auf Jemanden übertragen werden, doch setzt dies Einstimmigkeit aller oft weit zerstreuter, sich meist unbekannter Obligatäre voraus; auch wird der Vertreter, namentlich wenn die Partialen auf den Inhaber lauten, falls nicht die Partialen deponirt sind, der Gefahr ausgesetzt sein, dass ein Theil seiner Machtgeber aufgehört hat, Obligatäre zu sein. Zur Vermeidung dessen ist in einzelnen Fällen bei der Emission bereits eine Person (im zweiten Fall des technischen Emissionsgeschäfts, gewöhnlich der Emittent selbst)[106]) mit der Vertretung der Interessen aller Obligationäre ständig betraut worden. Die Bestellung eines gemeinsamen **Kurators** für die Gesammtheit der Obligatäre bei Gefährdung ihrer Rechte und im Konkursfall durch das **Gericht** von Amtswegen oder auf Antrag jedes Obligatärs oder dritter Interessenten ist bisher nur im Ausland vorgesehen.[107]) Bloss im Ausland ist auch die gerichtliche Einberufung aller Obligatäre zu einer **Versammlung**, in der die absolute **Mehrheit** der vertretenen Antheilsummen entscheidet, für gewisse Fälle bereits Rechtens.[107a]) In Deutschland ist, von den Entwürfen[107b]) abgesehen, nur durch § 17 E.G. zur R.K.O. der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung gemacht, zu bestimmen, dass durch Uebertragung des Gewahrsams an gewissen beweglichen körperlichen Sachen resp. Urkunden auf einen **Vertreter** sämmtlicher Inhaber ein Faustpfandrecht für die Gesammtheit der Obligatäre bestellt werden könne. Von diesem Vorbehalt ist noch kein Gebrauch gemacht.[108])

tant du prix d'émission augmenté de la portion acquise de la prime du remboursement"). Rousseau, questions nouvelles sur les sociétés commerciales 1882 p. 167 ff., R.O.H.G. bei Busch a. a. O. Ueber Belg. G. v. 18. Mai 1873 Art. 69 mit seiner künstlichen Berechnung des derzeitigen Werths. Vgl. Sachs in Zeitschr. f. H.R. 21 Beilageheft p. 169 ff. und R.O.H.H. a. a. O.

[106]) Vgl. oben vor Not. 100.

[107]) Oesterr. sog. Kuratoren- oder Theilschuldverschreibungs-Ges. v. 24. April 1874 u. sog. Pfandbriefges. vom gleichen Tage, sowie Ergänz.Ges. v. 5. Dezbr. 1877 (Zeitschr. f. H.R. XX p. 507 ff. u. XXIII Beilageheft p. 85). R. Koch in Behrends Zeitschr. VIII p. 344 Note. Neben dem Kurator fungiren 3 (von der gerichtlich anzuordnenden Obligatärenversammlung gewählte) Vertrauensmänner als berathender Aufsichtsrath.

[107a]) Schweizer Bundesges. v. 24. Juni 1864 für den Fall die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen (Zeitschr. f. H.R. XIX Beilageheft p. 46) Art. 15 (dazu Meili p. 79 ff., bes. p. 83). Oesterr. Ges. v. 5. Dezbr. 1877; über die Wahl der Vertrauensmänner vgl. vorige Note. Ueber Frankreich vgl. Busch 38 p. 328.

[107b]) Der Entw. eines R.G. betr. das Pfandrecht an Eisenbahnen weist den Gedanken der Kollektivität prinzipiell von der Hand und macht davon nur für den Zwangsvergleich und für den Verzicht auf das Pfandrecht eine gewisse Ausnahme (Meili p. 76, 89 u. 113). Der Entw. eines R.G. betr. das Faustpfand für Pfandbriefe sieht eine Versammlung der Pfandbriefgläubiger vor, die bezüglich des Antrags der Zwangsliquidation Beschluss (per majora?) fasst. (Jul. Goldschmidt, Ueber den Entw. eines Ges. betr. das Faustpfandrecht für Pfandbriefe 1880 p. 25.)

[108]) Der Entw. eines R.G. betr. das Faustpfand für Pfandbriefe sieht einen Pfandhalter und einen Ausschuss der Pfandbriefgläubiger vor. Vgl. Jul. Goldschmidt, Ueber den Entw. p. 23. Vgl. überhaupt v. Hahn, ges. Mater. zur Konk.O. p. 420 ff., 695 ff.

Die Majoritätsherrschaft ist aus Utilitätsgründen höchst gerechtfertigt; dass sie aber „auf der speziellen Eigenthümlichkeit der im modernen Verkehrsleben entstandenen Partialobligationen beruhe“ (**Meili** p. 83), scheint nicht zutreffend. Die einzelnen Obligatäre sind nicht **Genossen** eines gemeinsamen Rechts, sondern selbständige[108a]) Berechtigte, wenn auch die Forderung eine gleiche. Sie stehen in keinem engeren Verband, als etwa die Parzellenkäufer eines parzellirten Grundstücks, die sämmtlich evincirt worden und deshalb ihren Verkäufer in Anspruch nehmen. Es ist die Gemeinsamkeit des Unglücks, nicht des Rechts, das sie im Konkurse zu vereinigtem Handeln und damit aus Zweckmässigkeitsgründen zur Majoritätsherrschaft zwingt.

XIII. Ein **Vorzugsrecht** vor anderen Forderungen gegen den Anleiheschuldner steht nach dem geltenden[109]) deutschen Recht den Partialisten nicht zu, selbst wenn die Anleihen ihm ein solches zusichern und sich Prioritäten nennen;[110]) die Partialisten früher entstandener Anleihen stehen den später entstandenen gleich. Ein **Pfandrecht** steht den Partialisten nach deutschem Recht nur insoweit zu, als es in der gewöhnlichen Art begründet ist; die blossen Zusicherungen eines Pfandrechts in den Partialen und selbst in den staatlichen Emissionskonzessionen geben höchstens einen Pfandrechtstitel.[111])

[108a]) Kuntze p. 473 und zu Holzschuher II p. 186. A. M. Meili p. 83 ff., zum Theil auch die Materialien zum österr. Ges. v. 24. April 1874 bei Busch 38 p. 318.

[109]) Die R.Konk.O. Einf.Ges. § 17 Z. 3 hält der Landesgesetzgebung den Erlass von Bestimmungen vor, wodurch den Inhabern durch Eintragung in ein öffentliches Schuldbuch ein Vorzugsrecht gewährt werden kann. Ueber die internationalen Bestrebungen, die Ausgabe von Inhaberpapieren, sowie ein ihnen eingeräumtes Verzugsrecht oder Pfandrecht von der Eintragung in ein öffentliches Schuldbuch abhängig zu machen, vgl. Marcus in Zeitschr. f. H.R. XXVI p. 16 ff., besonders p. 18 ad I, p. 22, 28 Nr. 2 u. 29.

[110]) R. Koch in Behrends Zeitschr. VIII p. 333 Not. 17, Bekker, Zeitschr. f. H.R. XVI p. 34 ff. Deutsches Handelsblatt v. 19. März 1874 Nr. 12. Keyssner in Zeitschr. f. H.R. XXV p. 425.

[111]) Vgl. oben II p. 202 (Brunner). Ueber den Entwurf eines d. Reichsgesetzes betr. das Pfandrecht von Eisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in demselben Goldschmidts Zeitschr. XXV p. 426. Jul. Goldschmidt, Deutsche Hypothekenbanken, Kritik- und Reformvorschläge, besonders p. 191 ff., vgl. auch Zimmermann in Buschs Arch. XV p. 219 ff. Ueber den Entw. eines d. Reichsgesetzes betr. das Faustpfandrecht für Pfandbriefe vgl. oben Not. 108. — Nach dem Oesterr. Ges. v. 19. Mai 1874 (Zeitschr. f. H.R. XX p. 515) § 48 ff. kann durch Eintragung der Eisenbahn-Prioritäten in die Eisenbahnbücher ein wirksames Pfandrecht für die Obligationen begründet werden; in Zukunft dürfen Prioritäten nicht vor Eintragung ausgegeben werden; nach dem österr. Pfandbriefsgesetz (oben Not. 107) haben die Pfandbriefsbesitzer ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus den zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe bestimmten Vermögensobjekten. Busch 38 p. 321 ff. Ueber das Pfandrecht der Eisenbahnprioritäten der Schweiz und anderer Staaten (Ungarn, England) vgl. Meili, Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen 1879. Das Schweizer Obl.R. Art. 900 bestätigt die unveränderte Geltung des Bundesges. v. 24. Juni 1874 über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen (abgedruckt bei Meili p. 125—134, auch Zeitschr. f. H.R. XXI p. 426—434).

XIV. Unter **Konversion**[112]) versteht man die Umwandlung, welche durch Aenderung des Zinsfusses oder der Tilgungsmodalitäten oder sonstiger Eigenschaften der Anleihe herbeigeführt wird. Sie erfordert rechtlich die Zustimmung des Gläubigers.[113]) Der Schuldner ist ohne bestehendes Kündigungsrecht nicht befugt, dem Gläubiger die Zustimmung dadurch abzunöthigen, dass er ihn vor die Wahl zwischen der vollen Schuldtilgung und der Konversion stellt. Die Zustimmung wird praktisch oft durch Bewilligung von Konversionsprämien an die Gläubiger gewonnen. Die Zinsfussänderung ist meist eine vertragsmässige Herabsetzung; in seltenen Fällen kommt aber auch zeitweilige Erhöhung des Zinsfusses vor, z. B. um Kündigungen vorzubeugen oder in Verbindung mit Kapitalsreduktion.[114])

XV. Unter **Konsolidation** oder Unificirung versteht man den Vorgang, durch welchen mehrere Anleihen, die in der Regel verschiedenen Zinsfuss und verschiedene Tilgungsart haben, in eine einheitliche Anleihe verwandelt werden. Oft ist mit der Konsolidation sowohl Zinsreduktion, als auch die Verwandlung von Anleiheschulden mit bestimmt ausgesprochener Tilgungspflicht in wiederkäufliche Rentenschulden verbunden.[115]) Auch die Konsolidation setzt rechtlich die Zustimmung der Gläubiger voraus. Die einheitliche Anleihe wird **konsolidirte** Anleihe, die Partialen derselben werden sowohl bei dem englischen Inskriptions-, als dem deutschen Obligationssystem **Konsols** genannt.

XVI. **Verloosbare Anleihen und Lotterieanleihen.**[116]) Bei den Obligationsanleihen kann sich die Tilgung mittelst planmässiger Verloosungen vollziehen.

Hierbei kann

a. die Rückzahlungssumme für alle einzelnen Obligationen die gleiche und zwar der Nominalwerth sein. Die Verloosung bestimmt sonach nur die Reihenfolge, den Zeitpunkt der Tilgung, während die Existenz und der Betrag der Forderung von vornherein unbedingt fest steht. Solche Anleihen, die verzinslich oder zinslos sein können, heissen **verloosbare Anleihen.**[117]) Sie sind

---

[112]) Wagner p. 450, 451, Stein p. 796 ff., Rau § 510 ff., Rechtslex. p. 731, Saling p. 452.

[113]) Wagner a. a. O.

[114]) Erhöhung des Zinsfusses von Schatzanweisungen, ebendas. p. 439.

[115]) Wagner a. a. O. Rechtslex. p. 731. In einem anderen Sinne gebraucht Stein p. 766 den Ausdruck „gesetzliche Konsolidirung“ für den Ankauf von Staatsobligationen für Depositen oder für Kapitalien öffentlicher Anstalten. Laband p. 235 Not. 1, Saling p. 451 ff., Ernst Meier im Rechtslex. p. 763 (Preuss. Ges. v. 19. Dezbr. 1869).

[116]) Lit. Thöl § 309, Endemann § 140 f., Kuntze p. 474, 490, Bender p. 23, Mandry p. 186, Brunner oben II p. 198, 199 Not. 19, 203, 210, Alexander-Katz in Zeitschr. f. H.R. XXVIII p. 552 ff., Rau § 500, Wagner p. 435, 444, Fr. Endemann, Lotterie p. 148, Stein p. 785 ff., Saling p. 486 ff. u. passim; Lyon-Caen I Nr. 378, Clunet, Societé, émission d'obligations, loterie 1881, besonders p. 14 ff., Namur II Nr. 1158—1167, Sachs in Zeitschr. f. H.R. Beilageheft XXI p. 167. — Zur Geschichte der Lotterieanleihen vgl. auch Ehrenberg, Fondsspekulation p. 24.

[117]) So Stein 787.

keine Lotterien, denn die Tilgungspflicht ist eine unbedingte.[118]) Sie sind auch dann weder Lotterien, noch eigentliche Lotterieanleihen, wenn der Nominalbetrag den Emissionspreis erheblich, indess bei allen Partialen gleichmässig übersteigt **(emprunts à prime, obligations à prime).**[119])

b. Es kann der Erborger sich verpflichten, nicht nur alle Obligationen nach dem Nennwerth zu tilgen, sondern auch überdies **auf einzelne** derselben **mehr als den Nominalbetrag** bei der Tilgung zu zahlen und zwar nach planmässiger Ermittlung jener einzelnen mittelst Ausloosung. Diese Anleihen, die gleichfalls verzinslich oder unverzinslich sein können, heissen **Lotterieanleihen, Prämienanleihen, Loose, emprunts à lot, obligations à lot,** auch wohl Anleihen oder Zinslotterien. Jene Mehrbeträge heissen **Prämien** oder **Gewinne.**[120])

Diese Lotterieanleihen stimmen darin mit der gewöhnlichen Lotterie überein, dass bezüglich der Gewinnbeträge der Schuldner den einzelnen Obligatären nicht unbedingt, sondern nur, wie ein Lotterieunternehmer, unter einer von der Einwirkung des Zufalls abhängigen Bedingung verpflichtet ist. Sie unterscheiden sich aber dadurch von der gewöhnlichen Lotterie, dass es ihnen an einem im Voraus bestimmten Preis, einem Einsatz für die Ausloosung der Gewinne mangelt, dass dieser Preis vielmehr in dem Emissionspreis ununterscheidbar eingeschlossen ist.[121])

Die Prämie ersetzt bei der unverzinslichen Lotterieanleihe den Zins; bei der verzinslichen stellt sie wirthschaftlich einen Theil des Zinssatzes dar. Die Verzinsung pflegt in beiden Fällen in Wahrheit eine niedrige zu sein.[122])

Die Lotterieanleihen sind meist in Serien und diese in Nummern eingetheilt.[123])

Ueber die bei Lotterieanleihepartialen auf den Inhaber nach dem R.G. vom 8. Juni 1870 obwaltenden Emissionsbeschränkungen und die danach bestehenden

---

[118]) Oben p. 39.

[119]) Lyon-Caen, Clunet a. a. O., Rousseau p. 165 ff. — Saling p. 487 „Zu den Prämienanleihen werden diejenigen Obligationen nicht gerechnet, bei denen alle gezogenen Stücke mit einer Prämie von gleicher Höhe, dem sog. Amortisationszuschlage, zur Auszahlung kommen." Anders nach der Definition Thöls § 309, dass die Prämienanleihe einen Vertrag des Inhalts bezeichne, dass ausser der Rückzahlung der dargeliehenen Summe Prämien gezahlt werden sollen. Vgl. aber die Definition des d. R.Ges. v. 8. Juni 1871: „Schuldverschreibungen, in welchen ausser der Zahlung der verschriebenen Geldsumme eine Prämie zugesichert wird." Ueber das Belg.Ges. v. 18. Mai 1873 Art. 68 vgl. Namur, Sachs, Lyon-Caen a. a. O.

[120]) So Thöl; dagegen bezeichnet Saling p. 486 den Gewinn und Nominalbetrag zusammen als Prämie, ebenso Rau § 501: die ganze Zahlung wird (nicht passend!) Prämie genannt.

[121]) Oben p. 38 Not. 6; nur häufig, nicht nothwendig ist der Einsatzverlust bei der Lotterie, der bei der Lotterieanleihe nicht vorkommt, oben p. 39 Not. 12. — Nach Alexander-Katz p. 553 ist „die Gesammtsumme der Einsatze das Anlehen selbst", wie erklärt sich aber alsdann die feste Verzinsung des Einsatzes bei den verzinslichen Lotterieanleihen?

[122]) Wagner p. 444, Stein p. 780 ff., Fr. Endemann p. 148.

[123]) Vgl. darüber oben p. 104.

Verkehrsbeschränkungen ist bereits an anderer Stelle gehandelt worden.[124]) Ueber die **Verheurung** von Lotterieanleihen vgl. oben § 301.

Unterlässt der Anleiheschuldner die Vornahme der Ziehung, oder wird sie fehlerhaft vorgenommen, so kann auf Vornahme resp. Wiederholung der Ziehung und event. auf Schadensersatz geklagt werden. Der Schadensersatz besteht nicht in einem der planmässigen Gewinne.[125]) Im Konkurse dürfte weder der Kurs-, noch der Nominal-, noch der Emissionswerth,[126]) sondern der sog. **Erwartungswerth** zu liquidiren sein. Der Erwartungswerth wird dadurch ermittelt, dass man den gegenwärtigen Werth sämmtlicher Zahlungen feststellt, welche auf den zur Zeit unverloosten Rest der Anleihe noch zur Auszahlung kommen, und diesen Werth durch die Anzahl der noch unverloost vorhandenen Loose dividirt.[127])

Die gezogene Partiale der verloosbaren und der Lotterieanleihe ist ein aliud als die nicht gezogene,[128]) ebenso ist die gestempelte Lotterieanleihepartiale ein aliud gegenüber der nicht gestempelten.[129])

Die Thatsache, dass die kleinsten Gewinne oft hinter dem Kurswerth der Prämienscheine zurückbleiben, hat zur Ausbildung der Versicherung gegen die Gefahren der Ausloosung Veranlassung gegeben.[130])

§ 429.

B. Das Zettelgeschäft.[1])

1. Das Zettelgeschäft ist die Ausfertigung von Zetteln,[2]) d. h. von abstrakten, im Voraus massenweis angefertigten und zu Umlaufsmitteln bestimmten,[3]) schrift-

---

[124]) Brunner II p. 199 Not. 19, 203, 204 u. 210 Not. 18—20. Gegen die Nichtigkeit der späteren Begebungs- und Börsengeschäfte über rechtswidrig kreirte Inhaberpapiere mit Prämien Dernburg § 89 Not. 4. Für die Nichtigkeit vgl. auch oben III p. 88 u. 89. Auch nach der Ziehung unterliegen sie, wenn ungestempelt, der Beschränkung des § 2; a. M. Saling p. 493. Ueber die Verpfändung vgl. unten Pfandgeschäft § 440 Not. 52.

[125]) Oben p. 70 Not. 3 u. 5, p. 72.

[126]) Vgl. über diese Streitfrage im französischen Recht und über die Belgische Gesetzgebung Art. 69. Meili p. 92, Namur Nr. 1123—1127, Sachs p. 169 ff.

[127]) Saling p. 503.

[128]) R.G. I p. 292 ff. Kuntze p. 490, Zeitschr. f. H.R. XX p. 544 Not. 1, aber auch R.O.H.G. XX p. 395. Vgl. noch Goldschmidt, Handbuch II p. 32 Not. 6 u. Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 543 (K.G. Berlin).

[129]) R.O.H.G. XX p. 420 ff., Dernburg a. a. O.

[130]) Thöl § 299, Alexander-Katz a. a. O., Rau § 503, Bender p. 529, Saling p. 376 ff.

[1]) Vgl. oben II § 190 (R. Koch) und p. 204 (Brunner).

Litteratur: Martens § 34, Morstadt § 34 C., Pöhls § 136, Heise § 34, Bender §§ 176, 177, Brinckmann § 127, Fischer-Ellinger § 177 ff., Endemann § 141, Gareis § 72, Thöl §§ 28 (1 d) u. 213. Goldschmidt §§ 53, 108 Not. 34 ff.; 109 Not. 12, 29 ff.; Kuntze, Inhaberpapiere § 111 u. bei Holzschuher II p. 187, 196, Zaun, Ueber Zahlung mit Bankscheinen, im Arch. f. prakt. R.W. VII

lichen Schuldversprechen, die in der Regel auf runde Beträge[4]) und auf den Inhaber lauten,[5]) unverzinslich[6]) und jederzeit fällig[7]) sind.

Das Versprechen geht zumeist auf **Einlösung** zum Nennwerth, d. h. auf Umtausch[8]) gegen Geld; nur ausnahmsweise[9]) geht es bloss auf Annahme in Zahlung; höchst selten geht es daneben noch auf Verzinsung.

Nicht zum Zettelgeschäft gehört die Ausgabe von „**Papiergeld**" im Rechtssinne; denn der Emittent des Papiergeldes übernimmt eventuell nur eine

p. 277 ff., Gengler p. 171, 187, Mittermaier §§ 572. 273 Not. 6, Beseler § 220, Mandry p. 186 ff., 195 ff. — Laband II §§ 73, 74, Soetbeer, Deutsche Bankverfassung 1875. Busch (ed. v. Normann) I p. 24 ff., II p. 19 ff., Nebenius III § 9, Hübner p. 4, 11, 65 ff., Rau I § 304, II § 247, 249 a, A. Wagner, besonders System der Zettelbankpolitik, in Schönbergs Handbuch I p. 332 ff., 356 ff., sowie im Rechtslexikon s. v. Reichsbank p. 349 ff., Knies, Kredit II p. 417 ff., bes. 421, 442, 468. Roscher III p. 237 ff., 290 ff., Saling p. 531 ff. Rechtsgutachten von Heusler, Vogt und Hilty und Rekursschriften, betr. das Zürcherische Banknotenmonopol. Zürich. Ulrich. 1877. Pardessus I Nr. 30, 31, Blondel, Essai sur le billet de banque, Thèse, Genève 1879, Lyon-Caen 1382, 1402, Leone Levi p. 498 ff., Walker, Treatise on banking law p. 6 ff., 129 ff., Munzinger, Motive p. 218, Schweiz. Obl.R. Art. 98, 208 u. 858, Vidari III Nr. 1654 ff., 1677 ff., Daniel, On negotiable instruments II p. 612—638, 650—659, Byles, bills of exchange p. 9 ff., 209 ff. Historisches ausser den Genannten bei Endemann, Studien I p. 456 ff., Roscher, System III p. 242 (Schweden 1661), Jäger, Die älteste Bank p. 48, Supplemente p. 18 ff. (segno rappressentativo der 2. Bank von Genua nach 1531), Lattes il. dir. comm. p. 207 (Bologna 1606 „polizze bancarie" „pagheremo a chi presenterà").

[2]) Morstadt Not. 193, Heise, Brinckmann a. a. O.

[3]) Vgl. unten bei Not. 10.

[4]) Koch nimmt dies in die Definition auf; als gewohnheitsmässig bezeichnet es Wagner p. 332.

[5]) Goldschmidt § 109 Not. 30: „In England liess man ursprünglich nicht einmal indossable Banknoten allgemein zu." Vielfach ist die Inhaberstellung in die Definition der Banknoten aufgenommen, vgl. oben Koch u. Brunner, ferner Blondel p. 63: le billet de banque est de type de titre au porteur, Martens, Morstadt, Gareis, Wagner im Handbuch p. 333, Hübner, Lyon-Caen a. a. O.

[6]) Vielfach wird auch die Unverzinslichkeit in die Begriffsbestimmung aufgenommen, so von Heise (vgl. unten Not. 13), Brinckmann, Vogt u. Hilty p. 18, Gareis. Vgl. auch Kuntze p. 482. „Verunglückte Versuche verzinslicher Banknoten und Papiergelder können hier nicht maassgebend sein". Vgl. auch Roscher p. 230 Not. 5 u. Goldschmidt § 108 Not. 24 über verzinsliches Papiergeld.

[7]) Auch die stete Fälligkeit oder „Verfallbarkeit" — wie Knies p. 421 unter Beifall Roschers p. 298 Not. 10 vorschlägt. — findet sich in den meisten Definitionen der Banknote als essentiell, z. B. bei Koch, Blondel p. 16, Bender p. 391, Morstadt Not. 193, Wagner a. a. O., Kuntze p. 488, Hübner p. 65, Lyon-Caen a. a. O. Ueber kündbare Banknoten vgl. Brinckmann a. a. O., über Banknoten mit kurzer Verfallzeit z. B. 8 Tage nach Sicht, sog. bank post bills, vgl. oben Koch § 190 Not. 1, Goldschmidt § 109 Not. 31, sowie Daniel II p. 614.

[8]) Bei den Londoner Privatbanknoten ging die Verpflichtung auf Umtausch gegen Banknoten der Bank von England. Bender p. 392 Note.

[9]) Endemann nach Not. 30, Goldschmidt a. a. O. Not. 5, nimmt selbst bei der entarteten, uneinlöslichen Banknote eine, wenn auch zeitweise unklagbare Forderung auf Einlösung an.

publizistische, keine privatrechtliche Verbindlichkeit zur Einlösung; seine Verpflichtung zur Annahme in Zahlung beruht nicht sowohl auf einem Rechtsgeschäft, als vielmehr auf dem objektiven Rechtssatz, der dem Papier Geldqualität verleiht. Die Ausgabe von Geld ist stets (unabhängig vom Material, gleichviel ob Metall, ob Leder, ob Papier) Zahlung, nicht Zettelgeschäft. —

Das gilt nicht nur vom Staatspapiergeld, sondern auch vom Privatpapiergeld im Rechtssinn, wo solches im Ausland etwa existirt.[10])

2. Das Zettelgeschäft unterscheidet sich

a. von der Ausgabe kaufmännischer Geld-Verpflichtungsscheine (sog. Bons) nicht sowohl durch die Person des Emittenten,[11]) als durch den Umstand, dass letztere vereinzelt, „um individueller Geschäftszwecke und Veranlassungen willen," Zettel aber „zu dem allgemeinen Zwecke der Vermehrung der Umlaufsmittel oder zum Ersatz der nicht in gleichem Maasse geeigneten Umlaufsmittel aus dem von vornherein gefertigten Vorrath nach Bedürfniss oder auch nach Möglichkeit" ausgegeben werden.[12])

Auch ein Banquier kann unter Umständen einen isolirten kaufmännischen Verpflichtungsschein ausstellen; ob ein Bankbon oder eine Banknote vorliegt, ist quaestio facti: man wird ersteres wohl in der Regel dann annehmen dürfen, wenn keine gedruckte, sondern eine geschriebene Urkunde über eine nicht runde Summe in Frage steht.

b. von der Anleihe durch die stete Fälligkeit des Versprechens, welche für den Banknotenbegriff wenigstens die Regel bildet,[13]) bei der Anleihe aber immer fehlt. Diese Fälligkeit oder Verfallbarkeit ist freilich eine nur rechtliche, während in der Wirklichkeit das Zettelgeschäft gerade in der durch die Erfahrung bestätigten Erwartung vorgenommen wird, dass der grössere Theil der Noten nicht sofort, sondern erst nach geraumer Zeit präsentirt wird.

Der Kredit, der dem Emittenten von den Inhabern der Noten durch deren Nichtpräsentation gewährt wird, ist nur ein rein faktischer; der Emittent hat kein Recht darauf.[14])

c. von dem eigenen Sichtwechsel[15]) durch das Fehlen der Wechselklausel und meist auch durch die fehlende Unterschrift, insbesondere aber durch

---

[10]) Vgl. hierzu Laband p. 434. Goldschmidt § 108 bei Not. 29 ff. hebt (freilich nur bezüglich des Staatspapiergeldes) hervor, dass der Emittent keine Schuld im Privatrechtsinne contrahire. — Ueber Privatpapiergeld vgl. Goldschmidt a. a. O. Not. 10.

[11]) Thöl § 213 bei Not. 7. „Diese (Banken oder Banquiers, Bankhäuser) dürfen nicht, was jeder andere Kaufmann darf; sie sind ausgenommen von dem Recht des Kaufmannes, Verpflichtungsscheine auf Geld, welche bei ihnen Banknoten heissen, auszugeben".

[12]) Goldschmidt § 109 nach Not. 36. Vergleiche auch Brunner oben II p. 204, aber auch Mandry p. 187.

[13]) Oben Not. 6 u. 7. Irrig sieht Heise p. 86 in der Unverzinslichkeit den Unterschied zwischen Staatsobligationen und Bankzetteln.

[14]) Bekker in seinem Jahrbuch I p. 315.

[15]) So Daniel p. 612; Byles p. 9; Walker p. 8. Stamp Act 1870 (33 u. 34 Vict. c. 97 sec. 45; sie ist aufrecht erhalten durch die engl. W.O.; vgl. Art. 97 Nr. 3a derselben).

das regelmässige Fehlen einer gesetzlichen oder vorbedungenen Präsentations- und Verjährungsfrist.[16])

d. vom Darlehnsgeschäft und vom Depositum[17]) durch die abstrakte Natur des Schuldversprechens und dessen einseitige schriftliche Kreation.

Nur wirthschaftlich kommt es dem zinslosen Darlehn in der Wirkung nahe, insofern durch den faktischen, nicht rechtlichen Kredit, den die Noteninhaber dem Emittenten gewähren, dem Letztern „der Vortheil eines unverzinslichen Darlehns" zu Theil wird.[18]) Die scheinbare Aehnlichkeit mit dem Darlehn wird noch grösser in den Fällen, in welchen, wie dies bei dem älteren Zettelgeschäfte die Regel war,[19]) die Ausgabe der Zettel gegen Hingabe von Metallgeld erfolgt, sich also an ein Darlehn oder irreguläres Depositum anschliesst.

3. Die Hingabe der Zettel erfolgt, da von Schenkungsfällen füglich abgesehen werden kann, entweder solvendi oder credendi causa.

Hauptfall der ersteren Klasse ist die Zettelhingabe bei dem Wechseldiskontgeschäft; sie ist datio in solutum bezüglich der Kaufschuld[20]) des emittirenden Diskonteurs. — Solvendi causa erfolgt auch die Emission in dem früher so bedeutsamen Falle der Einlieferung von Metall gegen Banknoten. — Credendi causa erfolgt die Emission besonders zur Begründung von Darlehns- und Lombardforderungen.[21])

4. Ueber die Berechtigung zur Vornahme des Zettelgeschäfts und die Beschränkungen der Zettelbanken ist bereits o. § 190 eingehend gehandelt worden.

Verbotswidrig ausgegebene Banknoten sind nichtig;[22]) doch sind die Ausgeber ex delicto den Inhabern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.[23])

---

[16]) „Bank Notes do not become overdue". Daniel p. 626. Vgl. auch Chalmers, a digest A. 271 Note, sowie Roscher p. 291 Not. 2, Heise p. 86. Ueber den Ausnahmsfall des Aufrufs unter Präklusion vgl. oben Koch § 190 Not. 60 ff.; Endemann Not. 43, auch noch Martens a. a. O.

[17]) Brinckmann p. 499. „Die Banknoten sind unverzinsliche Darlehn". Für „Schuldscheine über den Banken ausgezahlte Gelddarlehen" erklärt auch die Banknoten, „bloss von der juristischen Seite aufgefasst," Zaun p. 278. Vgl. auch Slevogt in Busch Arch. XXXI p. 189 (stets fälliges unverzinsliches Depositum), aber auch p. 190. Vgl. übrigens auch unten § 433 Not. 60 a.

[18]) Goldschmidt § 109 bei Not. 36. Endemann § 141 bei Not. 29 u. Not. 37.

[19]) Ueber goldsmiths notes „for money deposited with them" vgl. Daniel p. 614 u. 638, Byles p. 210. Ihnen entsprechen die jetzigen bankers' cash notes, die früher shop notes genannt wurden. Ueber die Inhaber-Reciepisses der Amsterdamer Bank vgl. Büsch II p. 429, über das segno (biglietto di cartulario) der 2. Bank von Genua vgl. Jäger a. a. O. u. Roscher p. 284 Not. 10. Ueber Depositenscheine vgl. Wagner p. 333. Daniel p. 638 ff., Mühlhäuser, depos. irreg. p. 56 u. unten § 433.

[20]) Oben § 427 Not. 180. — Goldschmidt § 109 Not. 37, vgl. auch Morstadt p. 127.

[21]) Morstadt Not. 200 nimmt an, dass der Entlehner sich, statt Baargeldes, mit Banknoten begnügt.

[22]) Gegen die Nichtigkeit Mandry p. 188. Vgl. aber oben § 299 Not. 11—20.

[23]) Hierfür dürfte auch wohl die Analogie der Bestimmungen des Art. 173 u. 211 H.G.B. (vgl. v. Hahn §§ 3—5 zu Art. 173) sprechen.

5. Thöl § 213 a. E. behauptet, dass eine Bank die ihr fehlende Befugniss, überhaupt oder über einen bestimmten Gesammtbetrag hinaus Banknoten auszugeben, dadurch ersetzen kann, dass sie Verpflichtungsscheine über Lieferung einer Quantität von vorhandenen Banknoten ausgibt.

Diesem Verfahren steht aber einerseits der Wortlaut des § 55 des Bankgesetzes entgegen, der nicht nur die unbefugte Ausgabe von Banknoten, sondern auch von sonstigen auf den Inhaber lautenden unverzinslichen Schuldverschreibungen mit Strafe bedroht. Zu den Schuldverschreibungen (das Gesetz spricht nicht von Geldschuldverschreibungen) gehört aber doch wohl auch die Verschreibung der Lieferung einer Quantität vorhandener Banknoten. Es liegt aber auch anderseits eine unstatthafte Umgehung des Gesetzes, keine blosse Vermeidung der gesetzwidrigen Handlung vor. Jenes Verfahren, massenweis Inhaberbezugsscheine über Banknoten anstatt der Banknoten auszugeben, führt im Wesentlichen ganz zu demselben wirthschaftlichen Resultat, welches das Gesetz durch sein Verbot treffen wollte, zu einer Vermehrung der umlaufenden Nichtmetall-Zahlmittel.

Solchen Geschäften aber, die in anderer Rechtsform die nämlichen Resultate erzielen, ist vom Richter ebenso entgegen zu treten, als ob sie durch das Gesetz unmittelbar verboten wären.[24])

Dass durch das Verbot sonstiger, d. h. doch wohl mit den Banknoten konkurrirender Inhaberschuldverschreibungen die Emission vereinzelter kaufmännischer Bons, des Wortlauts ungeachtet, nicht mit betroffen worden, ist bereits von **Brunner** oben II p. 204 ausgeführt worden. —

6. Die Ausgabe von Banknoten steht im freien Willen des Emittenten; nur ganz ausnahmsweise ist der Reichsbank die absolute gesetzliche Verpflichtung auferlegt, Barrengold zum festen Satze „gegen ihre Noten umzutauschen".[25])

7. Das Zettelgeschäft ist Banquiergeschäft.[26]) Es ist Handelsgeschäft bei gewerbsmässigem Betriebe oder auch bei isolirter Vornahme durch einen Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes. Die Emission im wirthschaftlichen Sinne, die Unterbringung der Zettel im Publikum,[27]) kann vom Aussteller dritten Personen übertragen sein. Diese Letzteren können für eigene Rechnung oder für Rechnung des Ausstellers die Emission besorgen. — Diese Besorgung ist gleichfalls Banquier-

---

[24]) So Kohler in Ihering's Jahrb. XVI p. 143 ff. Bähr, Urth. d. R.G. p. 57, 58. l. 30 D. I, 3 „fraus enim legi fit, ubi, quid fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit." A. M. Thöl a. a. O. u. Einl. in das deutsche Priv.R. § 65 Nr. 3.

[25]) Bankges. § 14, Laband p. 391, Soetbeer p. 77 ff.

[26]) Goldschmidt § 53 u. § 109 Not. 46, Thöl § 28, 1 d, Anschütz u. v. Völderndorff III p. 35. Nach dem britischen Currency-Prinzip ist die Notenausgabe überhaupt kein Bankgeschäft, sondern von Natur ein Vorrecht, ein Regal des Staates, ebenso wie das Münzregal. (Vgl. Wagner p. 362.) Gegen die Annahme eines sog. Banknotenregals vgl. Goldschmidt § 109 bei Not. 15. Wagner p. 354 nimmt an, dass das Gesetz vom 27. März 1870 implicite eine Art Reichsbanknotenregal begründet. Es bestehen aber nur in Form des Reichsgesetzes ertheilte Privilegien. Laband p. 381 ff., 400 ff.

[27]) Vgl. oben § 42a Not. 64.

geschäft. Eine Notenausfertigung (nicht Anfertigung) durch Bevollmächtigte, welche im Namen des Vollmachtgebers emittiren, dürfte schwerlich vorkommen; eventuell wäre auch dies ein Banquiergeschäft.[28])

8. Bezüglich des Moments der Entstehung der Verbindlichkeit besteht auch hier der Streit zwischen Kreation und Begebung. Der Moment der Kreation ist der entscheidende; dafür spricht bei den Banknoten ganz besonders das Verkehrsinteresse, da Niemandem bei Annahme derselben eine Untersuchung zugemuthet werden kann, ob die betreffende Nummer vom Emittenten ausgegeben worden.[29])

Trotz der massenweisen Emission begründet jede Note eine selbständige, abstrakte Schuld des Emittenten.[30])

Ist Präsentation zu rechter Zeit[31]) und am rechten Orte[32]) fruchtlos erfolgt, so hat der Inhaber ein Klagerecht auf vollen Schadensersatz.[33])

Ist baare Einlösung zugesagt, so berechtigt Nichteinlösung auch nur einer Note den Inhaber zum Antrag auf Konkurseröffnung.[34]) Dem Inhaber steht kein Klagerecht wegen Verletzung der Deckungsbestimmungen[35]) zu.

9. Dass Einreden nicht nur aus der Person früherer Inhaber, sondern selbst die Kompensationseinrede ex persona des jedesmaligen Inhabers ausgeschlossen, ist bereits oben ausgesprochen.[36]) Statthaft erscheint nur die ex-

---

[28]) Endemann Not. 30.

[29]) Vgl. auch Daniel p. 414 u. 735 „if completed and then stolen bind bank.“ Completed bezieht sich auf die „official signatures by the president and the cashier of the bank.“ Werden sie incomplete gestohlen und mit gefälschten Unterschriften versehen, so haftet die Bank, obwohl auch dies streitig gewesen, trotz negligence nicht.

[30]) Daniel p. 628 „bank note is separate debt.“ Die Präsentation braucht aber nicht für jede Note separat vorgenommen zu werden, vielmehr ist Präsentation „in packages“ statthaft.

[31]) Präsentation ist auch unmittelbar vor Ende der Bankstunden noch rechtzeitig; die Bank darf nicht einwenden, dass die Einlösung wegen der grossen Menge der gleichzeitig präsentirten Noten sich über die Bankstunden hinaus erstrecken würde. Daniel p. 628.

[32]) Vgl. darüber oben § 190 Not. 43 u. 44 (Koch), Soetbeer p. 89.

[33]) Laband p. 398: Nichteinlösung der Reichsbanknoten „würde eine Klage auf Schadensersatz nicht nur gegen die Reichsbank begründen, sondern auch gegen den Bankbeamten, welcher die Einlösung verweigert, obwohl er durch die vorhandenen Baarbestände zur Einlösung im Stande ist, sowie gegen die Mitglieder des Bankdirektoriums oder den Reichskanzler, wenn sie den ihnen untergebenen Beamten die Einlösung der Banknoten in Berlin untersagen oder unmöglich machen.“

[34]) Laband a. a. O.

[35]) Vgl. über dieselben Koch Not. 29 ff. Dass der Noteninhaber kein Pfand- oder Vorzugsrecht hat, vgl. auch Endemann bei Not. 41. Daniel p. 625 „holders have no preference to assets.“ — A. M. Brinckmann Not. 6 auf Grund von Kuntze § 111 Not. 34. Vgl. noch Busch XXXI p. 188 (Slevogt). Eine privatrechtliche Verpflichtung, Deckung zu halten, scheinen Folleville und Blondel p. 23 anzunehmen; denn sie definiren die Banknote als „une promesse de payer à présentation, à tout porteur, une somme, que la banque a, par devers elle, soit dans son encaisse métallique, soit dans son portefeuille, en effets de commerce, dont le recouvrement est certain.“

[36]) § 109 Not. 42 (Koch). Vgl. auch Gengler p. 171, Seuffert Arch. II p. 199,

ceptio doli, z. B. gegen denjenigen, der die Noten gestohlen, unterschlagen oder zur Einführung ins Publikum für Rechnung des Emittenten übernommen, Valuta aber nicht gezahlt hat.

10. Einlösung gefälschter Noten oder Annahme derselben in Zahlung durch den Emittenten berechtigt denselben zu keinem Anspruch gegen denjenigen, der die Noten präsentirt oder in Zahlung gegeben; derselbe sei denn ungerechtfertigt bereichert.[37])

11. Die Wirkung des Verlustes und der Beschädigung der Note auf den Anspruch ist bereits oben erörtert worden.[38])

C. Das Depositengeschäft.[1])

1. Im Allgemeinen.

§ 430.

1. Das Depositengeschäft[2]) ist derjenige Vertrag, durch welchen der eine Kontrahent, der Depositar, von dem anderen Kontrahenten, dem Deponenten,

---

Kuntze p. 488 und bei Holzschuher p. 196. Die Einrede der Kompensation gestattete dagegen Art. 232 des Munzingerschen Entwurfs, vgl. Munzinger p. 218.

[37]) Vgl. die beiden Entscheidungen bei Daniel p. 629 Not. 7 u. 630 Not. 1, sowie die Begründung des bezüglich der irrthümlichen Einlösung gefälschter Wechsel ergangenen Erkenntnisses d. R.O.H.G. v. 4. März 1875 (XVII p. 1 ff.), Wächter p. 549 Not. 6. Vgl. auch Scaccia § 2 gl. 5 No. 393 ff., 397 ff.

[38]) Oben § 190 Not. 58, § 199, VIII Not. 5; vgl. auch Daniel p. 633—637, Walker p. 132 ff., Blondel p. 76—82, Martens a. a. O. Not. a, Heise p. 86, Pöhls § 136 p. 313, Brinckmann Not. 9, Endemann bei Not. 42. Schweizer Obl.R. Art. 858.

[1]) Litteratur: Scaccia § 1 qu. VII p. 2 ampl. 3, § 2 gl. 5 Not. 161 ff. Ansaldus, disc. 46, 68, 90 Not. 30 ff. Marquard II c. 9 Not. 21—25. Martens § 17. Morstadt § 17 u. 34 Not. 200. Pöhls § 91, auch § 88 bei Not. 7. Bender I §§ 79 u. 114. Heise § 17, auch im Hamb. Arch. f. d. H.R. I H. 3 Nr. 18 u. H. 4 Nr. 30. Gad p. 322 ff., Brinckmann § 124. Endemann § 142 u. Zeitschr. f. H.R. IV p. 58 bis 70, 203. Gareis p. 407 ff. u. im Rechtslex. I p. 509. Thöl §§ 28 u. 296, Goldschmidt § 47 Not. 11, § 53 Not. 2a ff., § 57 u. 30. Pardessus I Nr. 491—516, Massé IV Nr. 2671, 2672, Alauzet II Nr. 618, 619. Vidari V 2319—2452, Sampajo I p. 201—204. Walker, Treatise on banking law 135 ff., 139 ff., 143. Byles, Bills of exch. p. 174, Leone Levi I p. 492 ff., auch 347. Motive des Würtemb. Entw. p. 360 ff. Windscheid §§ 377—379, Brinz § 317. Holzschuher § 271 III p. 593—613. — Gengler, Lehrb. §§ 116, 117. Mittermaier II § 562, 571. — Rivier im Rechtslex. I p. 514. Koch, Recht der Forderungen III §§ 271—275. Dernburg II §§ 211 u. 212. Förster-Eccius § 139. Gruchot XV p. 780 ff. — Siebenhaar § 404—408, Schmidt, Vorles. I § 121. — Pont, petits contrats I Nr. 367—543. Laurent XXVII Nr. 68 ff. Neustetel u. Zimmern, Römischrechtliche Unters. I p. 1—26, Mühlhäuser, Umfang und Geltung des dep. irreg. 1879. Kuntze, Inhaberpapiere p. 695, Eisele in Zeitschr. f. Schweiz. Recht p. 35 ff., Hübner, Banken I p. 54—63, Rau I § 306. Roscher III p. 281, Ad. Wagner, Zettelb. p. 373—391, in Schönbergs Handb. I p. 320—332 und im Rechtslex. III p. 361. Knies, Kredit II p. 377, 459. — Laband, Staatsrecht II p. 393.

Historisch: Lattes p. 204 ff., 239, Endemann, Studien I p. 90, 425 ff., 451 ff., Lastig in Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 143 ff. u. XXIV p. 418. Neumann p. 391,

eine Sache zur Aufbewahrung[3]) und späteren Rückgabe empfängt. Es wird häufig auch **Depotgeschäft** genannt,[4]) doch sollte letzterer Name im Deutschen[5]) auf die Verpfändung von Werthpapieren beschränkt bleiben. Auch in Folge anderer Verträge kann eine Pflicht zur custodia begründet sein, insbesondere beim Kauf-, Kommissions-, Speditions-, Transportgeschäft. Es ist aber irrig, überall, wo eine Pflicht zur custodia vorliegt, ein depositum anzunehmen; die Aufbewahrung und spätere Rückgabe muss vielmehr den alleinigen oder doch den Hauptzweck des Vertrages bilden, damit ein Depositengeschäft angenommen werden kann. Jene gelegentlich anderer Verträge entstehende Aufbewahrungspflicht ist nach den Vorschriften desjenigen Vertrages zu beurtheilen, aus welchem sie folgt. Das schliesst natürlich nicht aus, dass die Kontrahenten bezüglich des Objekts eines Kauf-, Kommissions-, Speditions- oder Transportvertrages durch ihre Willensübereinstimmung ein wirkliches Depositum begründen können.[6])

Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts p. 215 ff. und Privatrecht III § 183, Zeitschr. f. H.R. VIII p. 33, Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht § 85 p. 662 ff., sowie auch p. 342, 450, 454 ff. und passim, vgl. Kohler in Zeitschr. f. vgl. R.W. III p. 170 ff.

[2]) Das Schweiz. Obl.R. nennt ihn Aufbewahrer, den Deponenten Hinterleger. Im römischen Recht finden sich für den Deponenten auch die Bezeichnungen Depositor (l. 1 § 37 D. XVI 3) und Depositarius (l. 7 § 2, 3 eod.; nach Neustetel, dem Mühlhäuser p. 54 beitritt, bezöge sich der Ausdruck auf solche Deponenten, die selbst wieder Depositare von anderen Deponenten sind). Ueber das mittelalterliche commendare, Hingeben zur treuen Hand vgl. Gruchot p. 781. — Ueber die Bezeichnung des Depositars als consignataire vgl. Pardessus 494, Massé 2671. Andererseits nennen sich die Verkaufskommissionäre, welche eine Niederlage fremder Fabrikate unterhalten, oft Depositäre. Busch XIII p. 235 (O.H.G. Stuttgart). Vgl. auch Not. 9. Ueber deposit als Bezeichnung der Anzahlung in gewissen Fällen in England, vgl. § 432 Not. 60.

[3]) Diese Pflicht hat Vidari 2322, wohl mit Rücksicht auf das irregul. Depositum, in seiner Definition nicht zum Ausdruck gebracht.

[4]) Vgl. z. B. Gareis a. a. O., Busch X p. 463, sowie den Sprachgebrauch der Reichsbank: offene Depots, verschlossene Depots, Gelddepositen. Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 237, 242, 244, 276 ff. und Laband a. a. O. Vgl. auch Zeitschr. f. H.R. XX p. 308 ff.

[5]) In Frankreich ist depôt gerade unser Depositengeschäft (C. c. 1915), unser Depotgeschäft aber heisst in der Regel nantissement oder avances. In England bezeichnet „deposit" sowohl unser Depositengeschäft, namentlich das irreguläre, als auch unser Depotgeschäft („as security"), vgl. Sweet, Law dictionary p. 265, auch p. 85 (s. v. bank); das einfache Depositengeschäft wird auch als bailment bezeichnet; doch umfasst bailment nicht nur das depositum, sondern auch commodat, pignus, loc. cond. und zuweilen selbst das Mandat. Sweet p. 83. — Dernburg § 211 Not. 4. „Ein Depot, welches der Verpfändung dient, ist kein Depositum." Auch Vidari 2327 warnt vor der Bezeichnung „prestito sopra deposito", wo ein „prestito sopra pegno" in Frage ist. Vgl. noch Schneider u. Fick Not. 2 zu Art. 475 des Schweiz. Obl.R. u. unten § 440 Not. 10 u. § 443 Not. 3.

[6]) l. 8 pr. D. XVII, 1 „unius cujusque enim contractus initium spectandum et causam." Goldschmidt in Zeitschr. f. H.R. IV p. 482, Glück XV p. 142 ff., Busch X p. 463 (O.App.G. Dresden 21. April 1865). Grünhut, Recht des Commiss.Handels p. 216 Not. 1 u. III p. 250. R.O.H.G. XIV p. 295 (25. Sept. 1874), XIX p. 76 ff. (27. Novbr.

2. Man unterscheidet nach der Verpflichtung zu individueller oder genereller Restitution das **reguläre** und das **irreguläre** Depositengeschäft.[7])

Bezüglich des **regulären** Depositums wird weiter unterschieden, ob der Depositar nur die Verwahrung oder daneben auch die Verwaltung der empfangenen Sache übernommen hat. Ersteres Geschäft kann man als das **einfache** Depositen- oder das **Verwahrungs**geschäft, letzteres als das **qualifizirte** Depositengeschäft bezeichnen.[8])

3. Von einer Reihe ausserdeutscher Gesetzgebungen ist der Begriff eines kaufmännischen Depositums aufgestellt und mehr oder weniger ausführlich, — vielfach unter Verweisung auf die Rechtssätze des Kommissionsgeschäftes,[9]) — geregelt worden. Der Begriff des kaufmännischen Depositums erfordert nach jenen Gesetzen einerseits die Kaufmannseigenschaft beider[10]) oder doch eines[11]) der Kontrahenten, andererseits handelsgeschäftliche Veranlassung oder Eigenschaft des Vertrages.[12]) Einzelne Gesetze verlangen daneben noch drittens, dass das deponirte Objekt eine Waare sei. Nur höchst ausnahmsweise wird für den Begriff des kaufmännischen Depositums noch Entgeltlichkeit als

---

1875), XXIV p. 307 (7. Jan. 1879), XXV p. 250 (17. Dezbr. 1878). Vgl. auch Art. 749 des Dresdner Entwurfs, Laurent 72, Gruchot p. 787 ff. und unten Not. 9, 14 u. 69.

[7]) Der Name ist nicht quellenmässig; er begegnet indess schon bei Scaccia § 1 qu. 7 p. 2 ampl. 3 Nr. 20. Marquard a. a. O. Not. 25, 26. — Im Portug. H.G.B. Art. 307 bedeutet irreguläres Depositum auch das entgeltliche, Sampajo p. 202. — Noch in anscheinend anderem Sinne verwendet Ansaldus XLVI 42 das Wort: quod pecunia.. exacta remanserit apud eundem ... per speciem Depositi irregularis, per quod re contrahitur obligatio, ut in specie Mercatoris exigentis pecunias nomine alterius. — Nach Glück 152 ff. gäbe es soviel Arten von depos. irreg., als die naturalia des dep. durch pacta adjecta geändert werden können. — Vgl. noch unten § 433 Not. 4.

[8]) Hübner und Andere stellten 3 Klassen auf. Das Deposit zur Aufbewahrung, das Deposit zur Verwaltung und das Deposit zur Benutzung. — Ueber die wenig praktische Eintheilung in freiwilliges und nothwendiges Deposit vgl. unten Not. 71. — Das verschlossen übergebene Depot kann nur einfaches, das offen übergebene einfaches oder qualifizirtes Depos.Geschäft sein. Hübner p. 58.

[9]) Argent. 723, Bolivia 343, Brasil. 283, Chile 808, Port. 319, Span. 406 ff. Cundinam. 367. Die Motive des Württemb. Entw. p. 360 enthalten sogar die Behauptung, dass „das kaufmännische Depositum eigentlich ein Kommissionsgeschäft ist“, eine Annahme, die jedenfalls bezüglich des einfachen Depos.Geschäfts nach dem deutschen Begriff des Kommissionsgeschäfts unhaltbar ist, da der einfache Depositar keine Handelsgeschäfte für Rechnung des Deponenten schliesst. — Inwieweit bei dem qualifizirten Dep.Geschäft ein Kommissionsverhältniss hinzutritt, vgl. unten § 431 bei Not. 3, auch Alauzet 618, Massé 2671 bei Not. 6. Vgl. oben Not. 2 a. E. u. Not. 6.

[10]) Span. 404, Portug. 305, Boliv. 342.

[11]) Und zwar des Deponenten: Brasil. 280; des Depositars: Württemb. Entw. 404, auch Vidari 2320; gleichviel welches von beiden: Argent. 721.

[12]) Argent. 721 „ein Handelsgeschäft zum Gegenstande oder als Ursprung“. Bolivia 342 „dass es ein Handelsgeschäft betrifft“. Brasil. 280 „por causa proveniente de commercio“. Portug. 305 „em consequencia d'uma operaçao commercial“. Württemb. 404 „dass die Uebernahme als Handelsgeschäft erscheint“; dazu Motive p. 361: „von Seiten des Deponenten braucht das Depositum ohnehin nicht als Handelsgeschäft zu erscheinen“. Vidari 2325 „che il deposito derivi da causa mercantile“.

Essentiale gefordert.[13]) Nach deutschem und französischem Handelsrecht ist ein spezitisch **kaufmännisches** Depositum nur insofern anzunehmen, als das von einem Kaufmann übernommene Depositum **präsumtiv** entgeltlich ist.[14])

4. Das Depositengeschäft ist auf Seite des **Deponenten** nur **accessorisches** Handelsgeschäft (Art. 273, 274).

Auf Seite des Depositars kann es nicht nur accessorisches, sondern auch **Grund**handelsgeschäft sein, und zwar **absolutes** im Fall des irregulären Depositums unter den sonstigen Voraussetzungen des Art. 271 Z. 1, **relatives,** insoweit das Depositengeschäft als **Banquiers**geschäft anzusehen ist. Es ist aber Banquiergeschäft:

a. das irreguläre Geld-Depositum unter der Voraussetzung des gewerbsmässigen Betriebs. Grade an die Uebung dieses Depositengeschäftes knüpfen schon Scaccia und Marquard den Begriff des Banquiers;[15]) die Depositenannahme machte den campsor zum Banquier;[16]) sie ist auch heut eine der Grundlagen des Bankgeschäfts.[16a])

b. Das reguläre Depositengeschäft ist bei gewerbsmässigem Betriebe nur unter den weiteren Voraussetzungen Banquiergeschäft, dass das deponirte Objekt in Geld, Werthpapieren oder Pretiosen besteht,[17]) und dass die Aufbewahrung

---

[13]) Argent. 722 „die kostenfreie Niederlegung wird nicht als kaufmännische angesehen". Auch Pardessus 491 will dieselbe nicht als „engagement commercial" gelten lassen. Vgl. dagegen Vidari 2324 bis Not. 3 u. 2346, Portug. 308 und dazu Sampajo p. 202 (oben Not. 7), sowie Motive des Württemb. Entw. 361; vgl. unten bei Not. 38.

[14]) Massé 2671 „Le dépôt commercial est une sorte de louage de soins: il est de sa nature d'être intéressé ou d'être présumé tel". — Gengler § 116 Not. 6 spricht „von den beiden handelsrechtlichen depositis, wenn der Käufer auf Probe gesandte, aber nicht probehaltig befundene Waaren zur Disposition liegen lässt, und wenn der Verkäufer eine bereits tradirte Sache in Gewahrsam behält". In ersterer Hinsicht weichen aber nach dem H.G.B. die Rechte und Pflichten des Käufers sehr erheblich vom Depos.Geschäft ab (vgl. oben II § 271, Hahn § 5 zu Art. 348), im letzteren Falle kann möglicherweise ein depositum paktirt sein, es kann aber auch Dienstmiethe, Sachmiethe, Leihe, Mandat vorliegen (Hahn § 4 Not. 3 zu Art. 343, Pöhls § 88 Not. 7, vgl. auch Heise im Hamb. Arch. a. a. O. — Vgl. auch oben Not. 6).

[15]) Scaccia § 1 qu. 7 p. 2, a 3 No. 4, 5 u. 14: „mensularius i. e. depositarius". Marquard II c. 12 Not. 13: „Et denotatur per bancum certum negotiationis genus in pecuniis consistens, publica autoritate approbatum, quo pecuniae apud Bancherios (qui et dicuntur Casserii et Depositarii pecuniarum) in securitatem creditorum et utilitatem debitorum numeranti deponuntur ita, ut dominium ad hos transeat."

[16]) Endemann, Stud. I p. 190, 425, 451. Jäger, Die ältesten Banken p. 4.

[16a]) Busch XXII p. 466 (Eisenach), XXVII p. 307 (München), Brinckmann p. 484 Not. 1, Endemann p. 694. Wagner im Handbuch p. 327 stellt es an die Spitze der drei wichtigsten Passivgeschäfte der Kreditbanken. Gegen die Auffassung des irreg. Depositengeschäfts als Handelsgeschäft, Ladenburg in Zeitschr. f. H.R. XIII p. 185, vgl. aber Goldschmidt ebendaselbst Note und Handbuch § 53 Not. 2a, Thöl § 28, 1b, Endemann oben I, p. 71, Hahn 272 § 7, Behrend p. 104 Not. 6, Anschütz u. v. Völderndorf III p. 35. Lyon-Caen 1372.

[17]) Weitergehend Goldschmidt § 53 nach Not. 4 „Aufbewahrung von Werthgegenständen", Hübner p. 54; auch die Reichsbank (a. a. O. p. 242) nimmt Werth-

nicht eine ganz vorübergehende stundenweise, sondern auf längere Dauer beabsichtigte ist.[18])

Das Halten öffentlicher Waaren-Niederlagen und die gewerbsmässige Annahme zu regulärem Depositum ist nach dem deutschen H. G. B. weder Banquier-, noch sonstiges Handelsgeschäft.[19])

5. Insoweit das Depositengeschäft Handelsgeschäft ist, kommen die nicht durch ihre Natur ausgeschlossenen Bestimmungen des Art. 276—336, eventuell etwaige Handelsgebräuche und in deren Ermangelung, das bürgerliche Recht zur Anwendung.[20])

Den dispositiven Bestimmungen des Gesetzes gehen auch hier die Vertragsbestimmungen vor, die von den grossen Banken vielfach einseitig ein für alle mal als sog. „Bedingungen"[21]) des Geschäfts normirt und von den Deponenten ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt sind.

6. Gegenstand des Depositengeschäfts sind bewegliche,[22]) körperliche Sachen, die nicht im Eigenthum des Depositars (mit dessen Wissen)[23]) stehen.

---

gegenstände aller Art als verschlossenes Depot in Verwahrung. Vgl. aber Ad. Wagner p. 321 § 41b „Werthpapiere und andere Pretiosen u. dergl.". Andernfalls wäre der Eisenbahnportier, der das Handgepäck, und der Garderobier, der werthvolle Pelze der Theater- und Konzertbesucher entgeltlich und gewerbsmässig aufbewahrt, ein Banquier! Vgl. auch Walker p. 135 „It is customary, as has been said, for bankers to take charge of property of certain kinds for safe custody". Lyon-Caen 1371, 1372 „les principales opérations de banque sont les dépots, — qui ont pour objet soit des valeurs mobilières, ou de métaux précieux (dép. rég.), soit des fonds disponibles (dép. irreg)." Ueber depositi in merci bei venetianischen Banquiers des 13. Jahrh. vgl. Lattes p. 224 Not. 51.

[18]) Anderen Falls wäre der Bademeister, der Uhr und Geld der Badenden entgeltlich und gewerbsmässig aufbewahrt, Banquier.

[19]) Anders nach vielen ausserdeutschen Gesetzen. Eine Reihe derselben (Chile, Brasil., Argent., Russland) bei Goldschmidt § 55 Not. 1 (vgl. auch bei Not. 19a und § 59 Not. 13). Nach Ungarisch. H.G.B. § 259 Not. 4 sind die Entrepotgeschäfte relative Handelsgeschäfte. Nach dem ital. C. d. c. Art. 5 Z. 22 u. 23 sind die „deposita per causa di commercio", sowie die „depositi nei magazzini generali" atti di commercio, nicht aber Banquiergeschäfte (Z. 10). Vgl. jetzt auch Ring in Buschs Arch. XLV p. 362 (O.L.G. Dresden 1880) und die dort Not. 15 Citirten; die Entscheidung aus Art. 275 passt jedenfalls bei stückweiser Einlegung nicht; Gegenstand des Vertrages ist nicht der Theil des Grundstücks, sondern die Aufbewahrung. Vgl. unten § 432 Not. 21, 37 u. 40.

[20]) Vidari 2330.

[21]) Bez. der Reichsbank vgl. a. a. O. p. 269 ff. Die Bestimmung der Gesetze, Statuten oder Reglements der öffentlichen Banken behalten ausdrücklich vor die H.G.B. von Argent. 740, Brasil. 285, Chile 812, Portug. 311, Span. 411.

[22]) Scaccia I qu. 7 p. 2a, 3 § 20. Windscheid § 377 Not. 4. Pont 380 ff. C. c. 1918. Eccius Not. 12. Nach Oesterr. B.G.B. § 957 ff. gibt es ein Depositum auch an Immobilien (Kirchstetter Not. 1). Vgl. auch Holzschuher p. 596 ff. Vidari 2323. Gruchot p. 788 ff.

[23]) Windscheid § 374 Not. 5 ff., Pont 400 (C. c. 1922). Vidari a. a. O. Eccius Not. 46. Nach Preuss. Recht ist der Depos.Vertrag über die Sache des Depositars nicht nichtig. Koch p. 441. Argent. 737. „Alle Verpflichtungen des Depositars hören auf, wenn er entdecken und beweisen sollte, dass die deponirte Sache nach irgend einem Besitztitel ihm gehört."

Der Deponent braucht nicht Eigenthümer zu sein. Auch an Fungibilien ist ein reguläres Depositum möglich.[24])

7. Das Depositengeschäft ist Realvertrag.[25]) Die Tradition braucht keine körperliche zu sein;[26]) auch kann sie durch Vertreter von beiden Seiten erfolgen. —

Dem Depositengeschäft kann ein Konsensual-Vertrag über künftige Deponirung vorausgehen. Derselbe kann ebensowohl die Annahme, als die Hingabe zum Gegenstand haben. Auf die Annahme kann geklagt werden; auf die Hingabe selbst allerdings nicht, wohl aber auf das Honorar, eventuell den Ersatz etwa gemachter Auslagen.[27])

8. Das Depositengeschäft setzt, wie jeder Vertrag, Handlungsfähigkeit[28]) und Willensübereinstimmung beider Kontrahenten voraus. Nicht genügend ist das blosse **Dulden** des Niederlegens seitens des Empfängers; andernfalls bedarf es auch keiner **ausdrücklichen** Uebernahme der custodia; vielmehr muss und braucht nur von beiden Seiten gewollt zu sein, dass der Empfänger die Sache

[24]) Pardessus 492. 505. Vidari 2331 u. 2348, Mühlhäuser p. 18 u. 24. — Die Möglichkeit eines irreg. dep. an Nichtfungibilien behaupten irriger Weise Nettelbladt (1750) u. Schmidt (1841); vgl. dagegen Mühlhäuser a. a. O., übrigens auch Vidari 2352.

[25]) Windscheid § 377 Not. 3, Holzschuher p. 595, Eisele p. 35 ff., Demelius (Jahrb. f. Dogm. III p. 406), Dernburg Not. 5, Eccius Not. 6, Rivier a. a. O., Pont 392, Vidari 2324; Portug. 304. A. M. Unger, Jahrb. f. Dogm. VIII p. 16 ff., Förster § 139, Toullier u. Duvergier (bei Pont a. a. O.); vgl. auch Gruchot p. 783 u. Koch § 271 „Nach heutigen Rechtsansichten behandelt man das Depositum auch als Konsensualkontrakt", sowie (bez. des Preuss. Rechts) R.O.H.G. XIX p. 24 (6. Novbr. 1875). Als Konsensualkontrakt erscheint es im Dresd. Entw. 732 und im Schweiz. Obl.R. 475. Nach Argent. 723 wird „das Depot in derselben Weise wie das Mandat oder die Kommission aufgetragen und angenommen", ähnlich Bolivia 343 und Chile 807; hiernach scheinen jene Gesetze Konsensualvertrag anzunehmen. Brasil. hat zwar einerseits in Art. 283 die analoge Vorschrift, hebt jedoch andererseits in Art. 281 die Perfektion durch Uebergabe ausdrücklich hervor.

[26]) Vidari a. a. O., Koch bei Not. 6, Holzschuher p. 595, Pont 393 (C. c. 1919). Ueber nicht körperliche Tradition R.O.H.G. XIV p. 295 (25. Sept. 1874), XXV p. 250 (17. Dezbr. 1878), aber auch R.G. I p. 391 (24. März 1880).

[27]) Holzschuher p. 595 will mit Unterholzner bei Eintritt von Umständen, welche die Annahme unthunlich oder bis zur Unbilligkeit lästig machen, gegen den Verpflichtungswillen des Promittenten interpretiren und nur bei grundloser Weigerung Anspruch auf Schadensersatz gewähren. Auch nach Sächs. B.G.B. § 1261 soll die clausula rebus sic stantibus hier ausnahmsweise Berücksichtigung finden; derjenige, dem die Stellung des Depositars versprochen worden, soll kein Klagerecht auf Hingabe, sondern nur nach Befinden Anspruch auf Erstattung etwaiger Auslagen haben. (Schmidt p. 448.) Nach Oesterr. B.G.B. § 957 ist nur das pactum de dep. accipendio verbindlich. Auch nach Schweiz. Obl.R. 476 hat der Depositar kein Recht auf, sondern nur die Pflicht zur Deposition (Schneider u. Fick Not. 1). Vgl. noch Eisele a. a. O. Nach Dresd. Entw. 734 kann der Aufbewahrungsversprechende nicht die Hinterlegung, wohl aber Erstattung des gemachten Aufwandes fordern. Vgl. überhaupt noch Pardessus 491, Vidari 2324 a. E. u. 2340, Eccius Not. 6—10, Gruchot p. 786 Not. 1.

[28]) Kasuistik bei Pont 413—421, vgl. auch Vidari 2328, Dernburg Not. 5, Förster Not. 49 ff. (§ 56 A. L.R. I 14), Koch Not. 63.

nicht nur später restituire, sondern zunächst behalte und, was hieraus mit Nothwendigkeit folgt, die Pflicht der Aufbewahrung übernehme.[29]) Dieser Wille kann ausdrücklich erklärt, er kann auch aus den Umständen zu folgern sein.[30])

9. Das Depositum ist als Realkontrakt formlos.[31]) Auch der Vertrag über künftige Deponirung bedarf keiner Schriftform, wenn das Hauptgeschäft auch nur auf einer Seite Handelsgeschäft ist. Art. 317, 277 des H.G.B.

Wenn auch nicht erforderlich, so ist doch die Ausstellung von Urkunden über die erfolgte Deposition, namentlich seitens der Banken und öffentlichen Lagerhäuser, ganz allgemein üblich. Diese Urkunden, die höchst verschiedene Namen führen,[32]) sind der Regel nach — abgesehen von den Lagerscheinen — nur Beweismittel; sie können durch Gegenbeweis entkräftet werden und lassen neben sich mündliche Abreden zu.[33]) Die Verpflichtung des Depositars beginnt, sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet, mit der Hingabe, nicht erst mit der Beurkundung.[33a])

Häufig fordern Banken statutarisch vor Abschluss des Geschäftes eine schriftliche Offerte des zukünftigen Deponenten;[34]) die ohne solche Offerte erfolgte Annahme zur Aufbewahrung ist nichtsdestoweniger verbindlich.

10. Das Depositum des römischen Rechtes erforderte Unentgeltlichkeit;[35])

---

[29]) A. M. Windscheid § 377 Not. 1, Koch p. 441 ff. Vgl. aber Hamb. Arch. f. H.R. I p. 305, Dernburg Not. 2, sowie besonders R.O.H.G. IV p. 94 (11. Novbr. 1871 preuss. Recht), Eccius Not. 4 und bei Not. 14. Uebereinstimmend der C. c. 1915 u. 1921 und das österr. B.G.B. § 957 („in seine Obsorge übernimmt"). Vgl. noch Gruchot p. 789—792.

[30]) Pont 399. Hübner p. 54. Sendung und Annahme zur Ansicht und zu eventuellem Kauf ist kein Depositum. Dernburg Not. 4, auch oben § 247 u. § 292.

[31]) Dernburg nach Not. 5. — Der franz. C. c. 1923 u. das Brasil. H.G.B. 281 verlangen zwar nicht für die Perfektion, doch für die Beweisbarkeit die Schriftform; doch cessirt in Frankreich diese Vorschrift „devant la jurisdiction commerciale," „quand il s'agit d'un dépôt commercial." (Pont Nr. 402 Not. 6, Dalloz 1860, p. 271 ff.). — Vgl. auch Vidari 2329. Gruchot 794 ff.

[32]) Bei der Reichsbank: Depotschein für das offene, Depositalschein für das verschlossene Depot, Quittungsbuch für Gelddepositen. Formulare a. a. O. p. 275, 276, 278 u. 280. Ueber Interimsscheine ebendas. p. 240 No. 11. Ueber Lagerscheine vgl. § 432. Ueber die Depositenscheine im Allgemeinen vgl. noch Hübner p. 54 ff., Motive de Württemb. Entw. p. 364. Vgl. noch § 433 Not. 60—68.

[33]) Eccius Not. 8, Dernburg a. a. O., Koch p. 445. —

[33a]) A. M. Hübner p. 55: „Von dem Augenblick an, wo der eine der so vollzogenen Depositenscheine in die Hände des Hinterlegers gegeben wird, beginnt die Verantwortlichkeit der Bank." — Die Reichsbank gibt zunächst Interimsscheine, bei Einsendung von Werthpapieren mit der Post nicht einmal diese aus (a. a. O. p. 240); die Haftung ist nicht von der Uebersendung des oft Tage später abgesandten definitiven Depotscheins abhängig gemacht. Vgl. aber auch § 432 Not. 51 (Vereinszollges.).

[34]) Bei der Reichsbank die sog. Deklaration (Antrag) für das offene, den sog. Einlieferungsschein für das verschlossene Depot und für die Gelddepositen. Formular a. a. O. p. 271. 277, 283. Vgl. noch Hübner p. 55.

[35]) Freiwillige Remuneration (non quasi mercedem) war statthaft l. 2 § 24 D. 47,8. Vgl. noch l. 5 § 2 D. 13,6 „nisi forte et merces accessit."

mit Zusicherung eines Geldäquivalents ging das Depositengeschäft in die Dienstmiethe oder einen Innominatkontrakt über.[36])

Eine Reihe von Partikularrechten gestatten dagegen die Entgeltlichkeit. ohne dass das Geschäft den Charakter des Depositums verliert.[37])

Im Handelsrecht ist die Entgeltlichkeit nicht nur statthaft, sondern sogar, wenn der Depositar Kaufmann und das Depositengeschäft in Ausübung des Handelsgewerbes erfolgt, nach Art. 290 zu präsumiren.[38])

11. Die Pflicht beider Kontrahenten bestimmt sich nach der Intention des Geschäftes durch das Ermessen des Richters.[39]) Diese Pflichten beginnen mit dem Abschluss des Realvertrages. Ob bereits vorher der zukünftige Depositar Pflichten bezüglich der übersandten Objekte hat, richtet sich nach den konkreten Verhältnissen, in denen die Kontrahenten zu einander stehn. Ist der um Aufbewahrung Angegangene Kaufmann, und besteht bereits eine Geschäftsverbindung zwischen ihm und dem Deponenten, oder hat er sich dem Deponenten zur Deposition erboten, so scheint in analoger Anwendung des H. G. B. Art. 323 der Empfänger auch noch vor Abschluss des eigentlichen Depositenvertrages schuldig, die zur Verwahrung übersandten Sachen, soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, auf Kosten des Depositars vor Schaden einstweilen zu bewahren.[40]) Auch falls ein pactum de deponendo vorliegt, ist eine gleiche Verpflichtung des Depositars anzunehmen.

---

[36]) Scaccia § 1 qu. 7 p. 2a 3 No. 25 und anderwärts. Windscheid § 377 Not. 2, Goldschmidt p. 76 Not. 24, Dernburg bei Not. 6, Pont 377; vgl. aber auch Vidari 2326.

[37]) Preuss. A. L.R. I 14 § 17; österr B.G.B. § 967. Schweiz. 475 Abs. 2 (Vergütung); Württemb. L.R. II 3 § 2 („um eine Belohnung zu verwahren angenommen") vgl. Bierer II p. 173. Auch das sächs. G.B. § 1263 eröffnet wenigstens die Möglichkeit einer im Voraus zugesagten Vergütung (Schmidt I p. 444, Siebenhaar p. 624 u. 655), Dresdner Entw. 733. — Ueber den Widerspruch zw. C. c. 1917 (ital. 1837) „essentiellement gratuit" und 1928 (ital. 1917) „s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt", vgl. Pont 377 ff., Vidari 2326. — R.O.H.G. IV p. 95 (11. Novbr. 1871) (preuss. Recht). Gruchot p. 792 ff.

[38]) Oben Not. 13. Die Entgeltlichkeit in curia mercatorum schon hervorgehoben von Marquard II 9 Nr. 21 ff. Scaccia a. a. O. Nr. 20 u. 25 bezeichnet das entgeltliche als „depositum improprium"; es sei zulässig „quia dignus est operarius mercede sua", resp. bei depos. irregulare „dignus est mercede seu pretio periculi". Endemann, Stud. p. 363, 427, 429. Vgl. noch Chile 809, Span. 405, Cundinam. 365, auch R.O.H.G. XXIII p. 95 ff. Wohl zu weitgehend R. Koch im Rechtslexikon II p. 608. „Wer Lagergeld fordert, gibt sich eben dadurch als Kaufmann und sein Geschäft als Handelsgeschäft zu erkennen".

[39]) Windscheid § 378 bei Not. 1.

[40]) Gegen die analoge Anwendung des Art. 323 hat zwar das R.O.H.G. sich im Allgemeinen wiederholt ausgesprochen; vgl. jedoch v. Hahn § 1 zu jenem Artikel. Dass eine solche Verpflichtung dem Geiste des Handelsrechts entspricht, beweisen die ausländischen Handelsrechte; vgl. Pardessus Nr. 495 („doit tous ses soins à leur réception"; daher im Zweifel auch Pflicht und Recht zu den erforderlichen Deklarationen, Kautionsbestellungen, Zahlungen, auch zur Wahrung der Rechte gegen die Frachtführer), Vidari 2322, Argent. 723 u. 340, Bolivia 343 u. 111, Brasil. 283 u. 172, Chile 808, 243 u. 299. — Ungar. H.G.B. A. 320 fügt dem Wort „Auftrag" des d. H.G.B. 320 Abs. 2 noch hinzu „oder Antrag". Vgl. auch Grünhut, Kommiss. p. 90 Not. 1.

12. Der **Depositar ist verpflichtet**

a. zur **Verwahrung.** Dieselbe hat der Vereinbarung gemäss zu geschehen.[41])

Der nicht bezahlte Depositar haftet gemeinrechtlich der Regel[42]) nach nur wegen dolus und culpa lata,[43]) wozu aber allerdings in diesem Falle auch eine grössere Nachlässigkeit, als die er in eigenen Dingen anwendet, gehört.[44]) Auch nach germanischer Auffassung[45]) und zahlreichen Partikularrechten[46]) haftet er für diligentia quam suis rebus.

Ist das Depositengeschäft auf seiner Seite Handelsgeschäft, so hat er nach Art. 282 des H. G. B. die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden.[47])

Die eigene Sache braucht der Depositar bei Verlustgefahr der deponirten nicht aufzuopfern.[48]) Die Haftung kann vertragsmässig gesteigert und auch,

---

[41]) Dernburg § 212 Not. 1. Der Deponent kann den Ort und die Art der Deponirung vorschreiben. R.O.H.G. IV p. 95 (11. Nov. 1871). Vgl. unten Not. 50, 57 u. 61.

[42]) Ausnahmen: Hinterlegung im eigenen Interesse, Aufdrängung, vertragsmässige Uebernahme schwererer Verantwortlichkeit, Unterschlagung. Windscheid Not. 5—8 a, Scaccia a. a. O.

[43]) Windscheid a. a. O. Not. 5, Ihering, Vermischte Schriften p. 88 ff. Zeitschr. f. H.R. VII p. 234 (Ubbelohde). — Marquard III c. 3 Nr. 12 (de jure navali Rhodiorum): „si quis aliquid in navi vel in domo deposuerit, . . . debet et jurare, nihil suo dolo factum." Scaccia a. a. O. Nr. 26 u. „sine mercede tenetur solum de dolo: sed depositarius mercenarius, qui est veluti locator operarum suarum, tenetur etiam de culpa ex conducto."

[44]) l. 32 D. XVI, 3 „nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit"; Holzschuher p. 603 ff. Mühlhäuser p. 26 Not. 5.

[45]) Stobbe, Priv.R. § 183 Not. 12, zur Gesch. des deutschen Vertr. p. 215 ff. Amira 454, 456 ff. Nach altschwedischem Recht ist dieser Sorgfalt stets, aber auch nur dann genügt, wenn der Depositar seine eigenen Sachen durch den nämlichen Unfall mit der eigenen eingebüsst hat. Die gleiche Bestimmung findet sich bereits im indischen Recht. Kohler p. 172 ff.

[46]) Preuss. L.R. I 14 § 11 ff. u. 20 (Dernburg Not. 7 ff., Eccius Not. 26) als Regel; doch tritt Haftung ein für mässiges Versehen bei entgeltlicher oder angebotener Verwahrung, für grobes Versehen, wenn die eigene Gewohnheit nicht festgestellt werden kann. — C. c. 1927 (Pont 429—436, Laurent 95 ff.) als Regel; ausnahmsweise Steigerung bei Entgeltlichkeit, Aufdrängung, alleinigem Interesse des Depositars und vertragsmässiger Uebernahme. Andere Gesetze bei Stobbe a. a. O. Not. 13 u. Gruchot p. 799 ff. Das englische Recht unterscheidet bei Bankdepositen for safe custody die Haftung des unentgeltlichen (gratuitous bailee) und des bezahlten Deponenten (bailee for hire); Ersterer prästirt „such care and diligence as persons ordinarily use in their own affairs"; Letzterer „care and diligence such as are exercised in the ordinary and proper course of similar business." (Walker p. 135 u. 136.) Vgl. noch Levy p. 496, Byles p. 174, sowie Sweet p. 83 (bailee) u. p. 552 (gross negligence). Das Sächs. B.G.B. § 1266 dagegen legt der Regel nach nur Haftung für dolus und culpa lata auf; nur bei Aufdrängung haftet der Depositar auch für geringes Versehen. (Siebenhaar p. 656 Not. 2.) — Der Württemb. Entw. 408, 151, 111 steigert die Haftpflicht des Depositars als Kommissionärs bis zu derjenigen des Fuhrmanns (Motive p. 363); Spanien, Portugal, Argentina, Brasilien, Bolivia, Chile lassen ihn wie einen Kommissionär haften. Vgl. Not. 9.

[47]) Vgl. v. Hahn p. 91 § 1 Nr. 2 zu Art. 282, vgl. auch Vidari 2333.

[48]) Gemeinrechtlich bestritten. Holzschuher p. 606, Koch § 272 Not. 28 ff. Vorzug der fremden Sache nicht erforderlich nach österr. B.G.B. § 964, preuss. L.R. § 20

vorbehaltlich der Haftung für dolus, ermässigt werden.[49]) Für den Zufall haftet der Depositar bei dem regulären Depositum nur bei verzögerter Rückgabe, vertragsmässiger Uebernahme dieser Haftung und bei unerlaubtem Gebrauch.[50]) Insoweit er für den Zufall nicht haftet, hat der Depositar die Beweislast.[51]) Partikularrechtlich hat der Depositar die Anzeigepflicht bezüglich jeder Beschädigung und des Verlustes des deponirten Objekts.[51a])

Bei verschlossenem Depositum ist der Depositar zur Kenntnissnahme von dem Inhalt in der Regel ohne ausdrückliche oder aus den Umständen zu folgernde[52]) Ermächtigung nicht befugt.[53]) Wird jedoch die Kenntnissnahme im Interesse des Objekts und des Deponenten nothwendig,[54]) und ist Gefahr im Verzuge, so kann die Eröffnung mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns auch ohne vorgängige Anfrage eigenmächtig vorgenommen werden.[55]) Jedenfalls ist der Depositar zur Diskretion verbunden, es sei denn, dass der Besitz der deponirten Objekte den Thatbestand eines Deliktes bildet.[56])

Willkürliche Eröffnung verpflichtet zum vollen Schadensersatz.

(Dernburg Not. 7, Eccius Not. 28), Dresdner Entwurf 735. Nach franz. Recht ist die fremde Sache, wenn sie werthvoller, vorzuziehen (Pont 427). Anders Pardessus 498 „le dépositaire, qui aurait sauvé ses propres effets, en sacrifiant ceux du déposant, serait coupable de négligence“, es hätte denn die Bemühung, die fremden Sachen zu retten, nutzlos bleiben müssen. Gegen ungerechte Bevorzugung der eigenen Sachen vgl. Vidari 2333. Vgl. noch Stobbe Not. 13, Amira a. a. O. Gruchot p. 806 ff. u. Ubbelohde a. a. O.

[49]) Dernburg Not. 9, Pont 428, 436, Siebenhaar 656. Koch bei Not. 15. Württemb. Entw. Motive p. 364. Die Reichsbank lehnt bei der Annahme verschlossener Depots, in denen bestimmungswidrig Werthpapiere enthalten sind, die Verantwortlichkeit für deren sichere und getreue (!) Aufbewahrung ab (a. a. O. p. 243 u. 279).

[50]) Windscheid § 378 Not. 6 u. 8. Auch bei rechtswidriger Veränderung des Depositionsorts (A. L.R. I 14 § 14. Hübner p. 55) und der Depositionsart (Dresd. Entw. 737). Dernburg Not. 9 u. 11, Koch Not. 32, Eccius Not. 30 u. 32. Uebernahme der Haftung für force majeure nur bei entgeltlichen Depositen statthaft nach Pont 440 zu C. c. 1929. — Vgl. noch Argent. 727. —

[51]) Heise im Hamb. Arch. I p. 313 Not. 2. Vgl. auch R.O.H.G. XXIV p. 308 (7. Jan. 1879): Nachweis der Zerstörung durch Brand reicht nicht aus. Vgl. noch Laurent 100. Gruchot p. 803.

[51a]) § 35 Preuss. L.R. I 14, Busch VII p. 231 ff., vgl. auch das Not. 51 cit. Erk. d. R.O.H.G.

[52]) Z. B. falls mit dem verschlossenen Deposit der Schlüssel übergeben wird.

[53]) C. c. 1931, Pont 448, Laurent 104; ital. C. c. 1847. — Hübner p. 55. — überhaupt Gruchot p. 810 ff. Unten § 432 Not. 49.

[54]) Z. B. falls der Ort der Aufbewahrung durch Nässe, Feuer u. s. w. gelitten hat, wenn um das Deposit ein Fäulnissgeruch bemerklich wird u. s. w.

[55]) Pardessus 496. — Vidari 2333 erachtet anscheinend nur die Eröffnung aus Neugier für unstatthaft.

[56]) Vidari 2333. Vgl. auch Pont 449. Die Reichsbank (a. a. O. p. 238 No. 2) verspricht bez. der offenen Depots nur, „die Erfüllung der eidlichen Diskretionspflicht ihrer Beamten aufs Strengste zu überwachen“. — Pardessus 497 lehrt für den Fall der Ermittlung verbotener Waaren: „les mesures à prendre doivent être dictées par la prudence et dirigées par la probité“; das ist aber eine sehr vieldeutige Phrase.

Zu einer Veränderung von Ort und Art der Aufbewahrung ist der Depositar berechtigt wie verpflichtet nur im Fall der Nothwendigkeit. Soweit nicht Gefahr im Verzuge, muss Anfrage bei dem Deponenten vorangehen. Die Genehmigung des Letzteren kann aus der Unterlassung eines Widerspruches nach Anzeige der Veränderung gefolgert werden.[57]) Eine Aenderung in der Art der Verwahrung ist auch wohl die eigenmächtige und ohne Noth vorgenommene Bestellung eines Substituten.[58]) Zur **Veräusserung** ist der Depositar nur, falls dem Depot Verderb droht, sonst gar nicht,[59]) zum **Gebrauch** nur dann befugt, wenn derselbe ihm ausdrücklich oder stillschweigend vom Deponenten gestattet worden. Letzteres ist auch dann vorzunehmen, wenn der Gebrauch zur Erhaltung der deponirten Sache nothwendig ist.[60]) Rechtswidriger Gebrauch verpflichtet zu vollem Schadensersatz und zur Haftung für den Zufall.[61])

b. Zur **Rückgabe** der Sache

a. mit Zuwachs, Zubehörungen und allen Früchten, auch mit den von ihm unerlaubt gezogenen.[62]) Die Rückgabe hat bei dem regulären Depositum, auch

---

[57]) R.O.H.G. IV p. 96 ff. (11. Novbr. 1871). Dernburg bei Not. 2—4. Eccius Not. 14, 15. Vidari 2334. — Gegen die Pflicht, auch nur auf Kosten des Deponenten die Sache an einen anderen Ort zu schaffen. Koch Not. 4. Vgl. auch oben Not. 50. Doch braucht nach gemeinem Recht der erste Depositar nicht schlechthin für den Substitute zu haften; er muss nur die Klage gegen jenen cediren. l. 16 D. XVI 3. Goldschmidt in seiner Zeitschr. XVI p. 302, R.O.H.G. XX p. 204 (11. Jan. 1876). Voller Schadensersatz dagegen nach preuss. Recht.

[58]) R.O.H.G. IV p. 92 ff. (11. Novbr. 1871). Gegen die Substitutionsbefugniss ausser im Nothfall Sächs. B.G.B. § 1265 (Siebenhaar § 405 Not. 4). Nach Art. 736 des Dresd. Entw. haftet der Depositar bei befugter Substitution nur für culpa in eligendo, bei unbefugter für jeden durch die Substitution verschuldeten Schaden. Nach Pardessus 503 befreit sich der Depositar, der aus erheblichen Gründen weiter deponirte, wie nach R.R. durch Cession der Klage gegen den Substituten von jeder Haftung; dieser Substitution stellt Pardessus auch den Fall der Uebertragung des ganzen Handelsgeschäfts seitens eines gewerbsmässigen Depositars gleich. Vgl. auch Vidari 2338. Ueber stillschweigende Belassung bei dem Geschäftsnachfolger vgl. auch R.O.H.G. XIX p. 17 ff.

[59]) Ueber das sog. Depotfixen vgl. Not. 69.

[60]) Pardessus 501, Vidari 2336. — Dernburg bei Not. 6, Eccius Not. 16—20. Pont 442—446, Laurent 101 ff. (C. c. 1930) Beispiele präsumtiver Gebrauchsgestaltung bei Pont Nr. 445 (Uhr, Jagdhund; zweifelhaft bei Geld; vgl. unten § 433 Not. 31 a ff.). Der Gebrauch kann z. B. bei einem edlen Reitpferd zur Pflicht werden. Mühlhäuser p. 27.

[61]) Vgl. oben Not. 50. Pont 446, a. M. bez. der Zinspflicht Laurent 112. Nach preuss. L.R. § 87 I 14 bei Fungibilien auch zu den höchsten zulässigen Zinsen (Dernburg Not. 19, Eccius Not. 20). Verzinsungspflicht und Zufallstragung nach Argent. 724, 727 Z. 2 u. Cundinam. 370. — Bolivia 344 verpflichtet zu Zinsen vom Tage der Benutzung und droht „bei schlimmerem Missbrauch" Strafe. Chile 810 erklärt den gebrauchenden Depositar des Anspruchs auf das Honorar für verlustig, selbst falls der Gebrauch ihm gesetz- oder vertragsmässig erlaubt ist. Nach Dresd. Entw. 737 haftet bei unerlaubtem Gebrauch, wie bei unstatthafter Aenderung der Aufbewahrungsart der Depositar für den Zufall, er könnte denn beweisen, dass der Zufall die Sache auch so getroffen haben würde. Vgl. noch Gruchot p. 835 ff. und die dort citirten Gesetze, auch Baumeister p. 360.

[62]) Windscheid § 378 Not. 9 u. 10. Eccius Not. 40. Dernburg bei Not. 12

wenn es in Fungibilien besteht, in den hingegebenen Stücken zu erfolgen, bei dem regulären Gelddepositum in denselben Sorten.[63]) Die Sache ist in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit der Rückgabe befindet, zu restituiren; nur für vom Depositar nach Maassgabe des vorigen verschuldete Beschädigungen hat derselbe aufzukommen.[64])

Ist der Depositar ohne eine ihm zuzurechnende Schuld zur Restitution ausser Stande, so braucht er nur das, was er etwa als Aequivalent für die Sache erhalten, oder was von derselben noch übrig, zu restituiren und die etwa ihm gegen Dritte zustehende Klage dem Deponenten abzutreten.[65]) Zur Cession der Klage ist er auch verpflichtet, wenn er die Sache bei einem Andern deponirt hat.[66]) Bei verletztem Verschluss ist die widerlegliche Vermuthung der Verschuldung gegen den Depositar begründet.[67]) — Im **Konkurse** des Depositars hat der Deponent das Aussonderungsrecht; aus der Konkursmasse kann er das Objekt nur in demjenigen Zustande verlangen, wie er sich in demselben zur Zeit der Konkurseröffnung befindet; wegen Verschlechterungen kann er Ansprüche nur als Konkursgläubiger geltend machen, auch der Entschädigungsforderung wegen widerrechtlicher Veräusserung oder Vergehung, steht ein **Verzugsrecht nicht** mehr zu.[67a])

Statt der nicht reparirbar beschädigten Sache kann der Deponent nach seiner Wahl Werthersatz fordern.[68]) Will oder kann in Folge zuzurechnenden Verschuldens der Depositar nicht restituiren, so haftet er für vollen Schadensersatz,[69]) bei Loospapieren auch für den auf das deponirte Papier etwa ge-

---

u. 18, Siebenhaar Not. 4, Pont 466; Vidari 2340, Pardessus 506. Dresd. Entw. 739. Gruchot p. 813. Vgl. auch oben Not. 63.

[63]) Voraussetzung ist, dass bei Hingabe dieselben verzeichnet worden. Pardessus 505, Pont 453 ff., Laurent 106, C. c. 1932. Vgl. aber auch Massé 2671: „Un dépôt d'espèces monnayées est un dépôt irrégulier, à moins qu'elles ne soient marquées de manière qu'on puisse en reconnaitre l'identité".

[64]) Argent. 726. C. c. 1933. Pardessus 506. Pont 457 ff.

[65]) Pardessus Nr. 504, Vidari 2340 (Expropriation, militärische Requisition, Ueberschwemmung, Hungersnoth, Brand). Argent. 729 (bei gewaltsamer Entreissung), C. c. 1934. Pont 458—460.

[66]) Vgl. oben Not. 58. Nach dem Dresd. Entw. 736 geht die Klage gegen den Substituten stets von selbst auf den Deponenten über.

[67]) Gemeinrechtlich, wie nach preuss. L.R. Die hieran geknüpfte Bevorzugung des Deponenten bez. des Beweises über den Inhalt des erbrochenen Behältnisses ist durch die R.C.Proz.O. hinfällig geworden. Eccius Not. 35, Dernburg Not. 34. Auch die nach der französ. Jurisprudenz (Pont 450) den Depositar bei unbefugter Eröffnung treffenden Nachtheile (Nichtverstattung zur cessio bonorum, C. c. 1945) und Verlust der Glaubwürdigkeit der Angabe über den Inhalt bei mündlichem Vertrag über Objekte über 150 frcs. (C. c. 1924) sind im deutschen Reich für beseitigt zu erachten.

[67a]) Vgl. R.Konk.O. §§ 35, 38 (Recht auf Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung) u. 54; Wilmowski, Kommentar Note 3 zu § 35 d. Konk.O.; Mühlhäuser p. 49 ff.; Huschke p. 23, 24, A. f. d. civil. Praxis 62 p. 183 (Fuchs). Vgl. auch § 433 Not. 51.

[68]) Dernburg Not. 20 „Reminiscenzen des römischen furtum usus."

[69]) R.O.H.G. XIX p. 82 (27. Novbr. 1875). „Der Depositar, welcher die deponirte

fallenen Gewinn.[70]) Ist das Depositum zur Zeit eines plötzlichen Nothstandes (z. B. Plünderung, Feuersbrunst, Schiffbruch, Einsturz) gemacht worden (sog. depos. miserabile), so geht die Klage gegen den pflichtvergessenen Depositar auch noch nach heutigem gemeinen Recht auf doppelten Werthersatz.[71])

Die Restitutionspflicht ist erledigt, wenn mit Zustimmung des Deponenten eine Umtauschung der deponirten Objekte in andere stattgefunden hat; bezüglich der umgetauschten Sache besteht ein neues Geschäft.[72])

Mehrere Depositare, auch Erben, haften solidarisch, wohl auch, was freilich bestritten, selbst für das Versehen eines Jeden von ihnen.[73])

Der Erbe, der in gutem Glauben weiter veräussert hat, braucht nur den erhaltenen Preis zu restituiren oder die Klage auf diesen Preis abzutreten.[74])

Sache eigenmächtig und widerrechtlich, um im eigenen Interesse zu spekuliren, veräussert, muss dem Deponenten mindestens den Verkaufserlös ohne jeden Abzug. herausgeben, und es steht dem nicht entgegen, dass der Deponent einem solchen Verkauf beharrlich die Genehmigung untersagt." Der spekulationsweise Verkauf regulär deponirter Werthpapiere (sog. Depotfixen) ist Unterschlagung. R.O.H.G. XXV (17. Dezbr. 1878). Preuss. Ob.Trib. (9. April 1875) in Zeitschr. f. H.R. XXI p. 306 ff., auch in Buschs Arch. XXXIV p. 262 ff. — Bei verzögerter Rückgabe deponirter Werthpapiere darf ohne speciell thatsächliche Begründung nicht der höchste Kurs als Schadensersatz gefordert werden. O.L.G. Dresden 1882 (Busch 45 p. 363).

[70]) Eccius Not. 29. Striethorst, Archiv XIX p. 52 (1855), Kuntze p. 695 Not. 20.

[71]) Windscheid § 378 Not. 12, Koch § 275, Mandry p. 256 Not. 12. A. M. Dernburg Not. 17, Holzschuher p. 610. Partikularrechtlich ist diese Besonderheit des dep. miserabile vielfach beseitigt, z. B. in Württemberg (Mandry a. a. O.); auch im Schweizer Obl.R. sind trotz lebhafter Opposition besondere Bestimmungen über solches Nothdep. in Uebereinstimmung mit den neueren Rechten abgelehnt worden (Schneider u. Fick Not. 5 zu Art. 475). Nach dem französ. Recht ist für den Fall des dépôt nécessaire (Pardessus 515, Pont 513—519, Massé 2672), das nicht nur den Fall des römischen dep. miserabile, sondern auch den des l'evénement imprévu und das receptum der Gastwirthe und Transportführer, sowie der agents de change umfasst, Zeugenbeweis und Personalarrest (vgl. Not. 73) zugelassen. (C. c. 1950 u. 2060); beide Bestimmungen sind in Deutschland durch die R.C.Proz.O. hinfällig geworden. Vgl. § 146 des Bad. Einf.G. zu d. R. 79, sowie B.G. vom 29. Mai 1868. Dem franz. Recht entspricht das italienische C. c. 1860 ff.; über den Begriff de lege ferenda lebhaft Vidari 2355 ff. — Das preuss. L.R. §§ 43 u. 58 lässt den Deponenten wegen der dem Depositar entstandenen Beschädigung nur für mässiges Versehen, auch den vertragsunfähigen Depositar bei Veräusserung oder Verzehrung der in Gefahr deponirten Sachen für den Werthsersatz haften. Gruchot p. 815 ff.

[72]) R.O.H.G. XIX p. 17 ff. Treten die vom Depositar einseitig umgetauschten Objekte (Werthpapiere) an Stelle der deponirten? Es ist dies zu verneinen. Vgl. den Fall R.O.H.G. VII p. 296 (8. Okt. 1872); das R.O.H.G. ist auf die Frage nicht eingegangen.

[73]) A. M. Dernburg Not. 21 „der Schuldlose hat für den Schuldigen nicht einzustehen", auch Koch § 274 Not. 8, Holzschuher p. 606. Vgl. aber l. 1 § 43 D. h. t., Siebenhaar p. 627 Not. „weil er diese Handlungen nicht, wie ihm obgelegen, gehindert", Eccius Not. 54. Bezüglich der Erben a. M. Siebenhaar, da der Schaden theilbar sei. — Nach Schweizer Obl.R. Art. 481 u. 165 scheint der schuldlose Solidarschuldner für den schuldigen nicht einzustehen. — Vgl. noch Gruchot p. 821 ff., Brinz Not 61 ff.

[74]) l. 1 § 47, l. 2, 3 D. h. t. Koch a. a. O. Not. 13. — C. c. 1935 (Pont 462 ff.),

Die Sache muss dem Deponenten selbst resp. seinem Rechtsnachfolger restituirt werden, sofern derselbe nicht inzwischen die Handlungsfähigkeit (durch Interdiktion, Ehe, Konkurs) verloren hat.[75]) Ist die Deposition auf den Namen eines Handlungsunfähigen durch den gesetzlichen Vertreter erfolgt, so darf nach Aufhören der Vertretung der davon unterrichtete Depositar im Zweifel nur an jenen selbst, nicht an den Vertreter mehr restituiren.[76])

Ist über die Deponirung ein auf den **Namen** gestellter Schein ausgegeben, so ist der Depositar ohne besondere Abrede[77]) nicht befugt, die Auslieferung von der Rückgabe oder Amortisation des Scheines abhängig zu machen; anders, wenn der Schein auf den Inhaber gestellt war. Zur Prüfung der Legitimation ist der Depositar nach Maassgabe der rechtlichen Natur des Depotscheins verpflichtet.[78]) Ein Erkennungszeichen oder „Passwort" kann zur Bedingung der Rückgabe gemacht sein.[79])

Der Depositar braucht nur gegen Quittung zu restituiren.

Mehrere Deponenten oder Erben können im Zweifel das theilbare Deposit nur theilweise fordern, das untheilbare nur zusammen oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten resp. unter Sicherstellung des Depositars gegen die Ansprüche der Uebrigen.[80]) Der blosse Besitz des auf den Namen lautenden Depotscheins genügt auch bei Miterben nicht.[81])

Vidari 2341, Argent. 730. — Anders nach preuss. Recht; die Erben haften für den höheren Werth zur Zeit der Hingabe. Eccius Not. 56, Dernburg Not. 24 u. 25. — Ueber den Fall der Haftung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters bis zur ausdrücklichen oder (durch Uebertragung des Depositums auf die nach dem Tode des einen Gesellschafters neu begründete Handelsgesellschaft) stillschweigend erfolgten Entlassung vgl. R.O.H.G. XIX p. 17 ff.

[75]) Pardessus 510, Vidari 2338, Argent. 734. R.Konk.O. §§ 108, 109. (Anzeige an den Konkursverwalter bei Haftung für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.)

[76]) Vidari a. a. O., Argent. a. a. O., C. c. 1941 (Pont 478). Nach den Reichsbankbestimmungen IX Nr. 4 (R. Koch p. 239, vgl. auch p. 271 u. 274) werden die von Vormündern und Pflegern als solchen offen deponirten Papiere und Dokumente nur gegen Vorlegung ihrer Bestallung resp. die auf den Depotschein erklärte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausgeantwortet. „Die Aufhebung der Vormundschaft oder Pflegschaft bezüglich einzelner von mehreren Miteigenthümern eines Depots hat auf das vorliegende Verhältniss keinen Einfluss. Eine Kontrole der Aufhebung findet nicht statt."

[77]) Die Restitution des Depots kann vertragsmässig von Rückgabe oder Amortisation des Scheins abhängig gemacht sein. So bei der Reichsbank (R. Koch p. 241 Z. 16).

[78]) Vgl. oben § 196 (Brunner). Der Depotschein und Depositenschein der Reichsbank sind Legitimationspapiere.

[79]) Bei der Reichsbank hat das Passwort nicht diese formelle Bedeutung, vgl. R. Koch p. 241; der wirklich Berechtigte kann bei erbrachtem Legitimationsnachweis die Restitution fordern.

[80]) Die Reichsbank nimmt nur unter der Klausel an, dass die Objekte an jeden Einzelnen der gemeinschaftlich Deponirenden gegen dessen alleinige Quittung herausgegeben werden dürfen (p. 239). Das O.App.G. Rostock (17. Dezbr. 1857) gibt bei körperlich untheilbarer Sache jedem der gemeinschaftlichen Deponenten für sich allein das Recht, die Rückgabe zu verlangen (Zeitschr. f. H.R. XI p. 541). Vgl. aber Koch

Der Anspruch auf Restitution ist der Regel nach übertragbar.[82])

Bei oder nach Deposition kann die Rückgabe an einen Dritten anstatt an den Deponenten oder neben ihm vorbedungen sein; das Recht des Dritten unterliegt dem Widerruf des Deponenten,[83]) es sei denn, dass er dem Vertrage beigetreten,[84]) oder dass der Schein auf seinen Namen oder an seine Ordre gestellt worden.

Restitution an einen Unbefugten befreit den Depositar dann, aber im Zweifel auch wohl nur dann, wenn er sich bei der Legitimationsprüfung keines Versehens schuldig gemacht hat.[85])

Die Rückgabe kann vom Deponenten in jedem passenden Augenblick verlangt werden; eine vertragsmässige Zeitbestimmung gilt als ausschliesslich zu seinen Gunsten beigefügt,[86]) es sei denn ausdrücklich auf dies Recht verzichtet.[87]) Bei vorzeitiger Abforderung des Depositums hat der Depositar den Anspruch

---

§ 274 Not. 1 ff., Holzschuher p. 607, Argent. 733, Vidari 2338. Nach preuss. Recht können die Mehreren selbst bei theilbaren Depositen die Restitution nur zusammen oder aber gerichtliche Hinterlegung fordern. Dernburg Not. 28, Eccius Not. 58, Hübner p. 57. Ebenso die Schweizer Praxis, vgl. Schneider u. Fick Not. 2 zu Art. 478. Vgl. noch Würtemb. Motive p. 364. Gruchot p. 825 ff.

81) Anders nach franz. u. preuss. Recht (oben II § 196 Not. 1). Pardessus Nr. 181 u. 509: Forderungsrecht dessen, „qui a le titre entre les mains", u. Dernburg Not. 29, Eccius Not. 59, Koch Not. 5 ff.

82) Die Reichsbank behält sich bei Cession der Depotscheine, wie im Fall gerichtlicher Beschlagnahme das Recht der gerichtlichen Niederlegung auf Gefahr und Kosten des Deponenten vor. Die Rechte aus den Quittungsbüchern sind nicht übertragbar (a. a. O. p. 244 u. 274). Gegen die Beschränkungen der Cession der Depositenscheine ist Hübner p. 57.

83) Pardessus 510. Vgl. noch Gruchot p. 809.

84) Pont 473 Not. 2. Vgl. R.O.H.G. IV p. 95 (11. Novbr. 1871), auch Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter p. 53, 213, 289. — Goldschmidt § 76 Not. 28, Laurent 114.

85) l. 11 D. XVI 3 „si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpae quidem suspicio sit ... ceterum sufficit bonam fidem adesse." — Nach Dernburg Not. 26 braucht der Depositar sogar nur dolus und culpa lata bei Prüfung des Legitimationspunkts zu prästiren; vgl. aber Eccius Not. 44. Nach franz. Jurisprudenz haftet er auch bei Rückgabe nur für diligentia quam suis. Pont 475. Vgl. noch Hübner p. 57: „Verpflichtet sie sich, das Deposit nur an den legitimirten Hinterleger auszuliefern, so übernimmt sie auch das Risiko einer falschen Legitimation, durch welche der Dieb eines Depositenscheins sich möglicherweise als rechtmässiger Eigenthümer geltend macht."

86) Windscheid Not. 11, Eccius Not. 23, Koch § 272 Not. 2 u. 3, Dernburg Not. 15, C. c. 1944, Pardessus 502, Pont 494, Vidari 2342 u. 2343 (der de lege ferenda dagegen eifert, namentlich sofern dem Depositar die Gebrauchsbefugniss eingeräumt war). Preuss. L.R. § 55 I, 14 (Gruchot p. 817 ff.). Sächs. B.G.B. § 1267 (Siebenbaar p. 657), auch österr. B.G.B. § 962. Dresdner Entw. 747. Hübner p. 56 hebt hervor, dass die Zeitbestimmung meist nur den Zweck hat, als Maassstab der Gebühren zu dienen.

87) Pardessus 502 a. E., vgl. auch Dernburg nach Not. 12. Pont 494 (Wirksamkeit der Zeitbestimmung, falls sie vereinbart, „en prévision de ce que le dépositaire ne pourrait pas faire la remise avant un certain moment").

auf Erstattung des Honorars für die ganze Vertragszeit, eventuell Ersatz des ihm etwa verursachten Schadens.[88])

Zur vorzeitigen Rückgabe ist der Depositar im Zweifel nicht befugt.[89]) Die Aufbewahrungsdauer kann auch stillschweigend prolongirt werden.[90])

Die Rückgabe hat, wenn nichts darüber vereinbart ist, „nach der Natur des Geschäfts" an dem Orte, wo das Depositum sich zur Rückgabezeit befindet, zu erfolgen, es sei denn, dass der Depositar es eigenmächtig und ohne Noth dahin verbracht hat.[91]) Der Deponent hat die Sache abzuholen, doch ist der Depositar zur Uebersendung an den Deponenten auf Wunsch, Kosten und Gefahr des Letzteren verpflichtet.[92]) Bei der Uebergabe resp. Uebersendung hat der gewesene Depositar noch die bisher ihm obliegende Sorgfalt anzuwenden.[93])

Dem Depositar steht die Einrede, dass der Deponent nicht Eigenthümer sei, nicht zu,[94]) wohl aber kann er die Existenz des Depositalvertrages durch den Nachweis ausschliessen, dass das Objekt, ohne dass er es bei Vertragsschluss gewusst, ihm gehörig, oder dass er es inzwischen erworben.[95])

---

[88]) Nur Schadensersatz nach österr. G.B. § 962, Erstattung des Aufwands Dresdner Entw. 747.

[89]) Laurent 121. — Brinz Not. 40 (wenigstens nicht unzeitig). — Anders im Fall veränderter Umstände nach § 962 österr. B.G.B. („dass ein unvorhergesehener Umstand ihn ausser Stand setzte, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil zu verwahren"); ebenso preuss. L.R. § 47, (doch bei entgeltlichem Depositum nur bei nicht vorauszusehen gewesenen verändernden Umständen und nur gegen Abzug der dem Deponenten erwachsenden Kosten. Eccius Not. 24, 25, Gruchot 816, Dernburg Not. 13), sächs. G B. § 1268 (Siebenhaar p. 657); Dresdner Entwurf 747; Schweizer Obl.R. 479. — Nach dem ital. C. c. 1860 entscheidet das richterliche Ermessen über die Befugniss zu vorzeitiger Rückgabe. Vidari 2342. — Die Reichsbank hat sich bei verschlossenem Depot die beliebige Rückgabe ohne theilweise Zurückgabe der empfangenen Provision vorbehalten (a. a. O. p. 271, 275).

[90]) Hübner p. 56.

[91]) l. 12 § 1 ff. D. dep., C. c. 1942, 1943, Pont 491, 492, Laurent 124, Pardessus 507 (nur scheinbar abweichend. insofern der erste Depotort als Regel, der Ort, wohin der Depositar die Sache verbracht, als Ausnahme erscheint). Ebenso das preuss. Recht (Dernburg Not. 16). Nach Schweiz. Obl. 480 nur da, wo sie aufbewahrt werden sollte (vgl. aber auch Not. 2 bei Schneider u. Fick). Dresdner Entw. 742: wo der Verwahrer die Sache seiner Verbindlichkeit gemäss aufzubewahren hatte. Vgl. noch Gruchot p. 830 ff.

[92]) Dernburg Not. 17 leitet diese Pflicht zutreffend aus der bona fides ab. — Auch die Reichsbank bewilligt die Uebersendung der Papiere durch die Post oder in sonst vom Deponenten gewünschter Weise auf Gefahr und Kosten des Deponenten (p. 241 Z. 16, 271 Z. 10, 275 Z. 13).

[93]) Vgl. Pardessus 508, Vidari 2341.

[94]) Holzschuher p. 609, Pardessus 511, C. c. 1938, Vidari 2339, Argent. 732. Dresd. Entw. Art. 740. Auch nach engl. Recht (Walker p. 136). Vgl. noch Gruchot 828 ff., Laurent 120.

[95]) Vgl. oben Not. 23; Argent. 737, Vidari 2340 u. 2345, Siebenhaar p. 626, Holzschuher a. a. O., Eccius Not. 46. Vgl. C. c. 1946. Dresd. Entw. 740. Nach Dernburg Not. 31 u. Koch § 268 Not. 11, § 272 Not. 62 ist er auch in diesen Fällen nur zur Ausbringung des Arrestes und zu gerichtlicher Deposition befugt.

Ausgeschlossen sind ferner die Kompensations-,[96]) wie gemeinrechtlich[97]) die Retentionseinrede, selbst wegen konnexer Forderungen. Letztere steht allerdings nach zahlreichen Partikulargesetzen[98]) und möglicherweise auch nach lokalem Handelsgewohnheitsrecht[99]) dem Depositar zu.

Ob unter den sonstigen Voraussetzungen des Art. 313 dem Depositar das **kaufmännische** Retentionsrecht zusteht, oder ob die Zurückbehaltung der vom Depositar übernommenen Aufbewahrungspflicht widerstreitet, ist auch hier Thatfrage;[100]) ist die Restitution auf einen fest bestimmten Zeitpunkt oder auf augenblickliches Verlangen ausbedungen,[101]) oder ist die Restitution an einen Dritten zugesagt, so wird die Ausschliessung des Retentionsrechts als gewollt anzunehmen sein; ist dagegen über die Dauer des Geschäfts und die Person des Empfängers nichts paktirt, so ist das kaufmännische Retentionsrecht mit der lex contractus wohl nicht im Widerstreit.[101a]) Dagegen ist stets, auch in den ersteren Fällen, das kaufmännische Retentionsrecht, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen des Art. 313 vorliegen, wirksam, sofern erst nach Empfang des Depositums Konkurs,

---

[96]) Koch Not. 56 ff. (gegen dieselbe de lege ferenda); Eccius Not. 67, Pont Not. 506 (C. c. 2293). Schweizer Obl.R. 132 Z. 1. Der Dresd. Entw. Art. 741, 746 u. 747 gestattet die Kompensation mit konnexer Gegenforderung. Marquard II 9 Nr. 25 lässt sie nur bei dem irregulären Depositum zu.

[97]) c. 11 C. IV 34. Windscheid § 378 Not. 18. R.O.H.G. IX p. 436 (29. April 1873), Holzschuher p. 607 ff., Koch Not. 50 ff. Die Praxis gestattete freilich Retention wegen Verwendungen; Citate bei Gruchot 832 ff.

[98]) So preuss. L.R. I 14 § 77 (der damaligen gemeinrechtlichen Praxis gemäss, Eccius 65, Dernburg Not. 10), C. c. 1948 (Pardessus 512, Pont 511), der ital. C. c. 1863 (Vidari 2347 will, um den Gläubiger nicht zu Tantalusqualen (sic!) zu verurtheilen, und gerade aus evidenten Gründen der Billigkeit und der „sicurezza mercantile" gegen das strenge Recht das Retentionsrecht auch für nicht connexe, sofern nur liquide und exigible Forderungen zubilligen.) Schweiz. Obl.R. 478 u. 224 (vgl. Schneider u. Fick Not. 4 zu Art. 478). Argent. H.G.B. 384 u. 723, aber auch 386, Bolivia 143 u. 343, aber auch 145, Brasil. 156 u. 283, Chile 248, 289 u. 808. — Hübner p. 56. Gruchot p. 834 ff. — Kein Retentionsrecht nach Hamburg. Statut. Baumeister p. 360).

[99]) Holzschuher p. 607 Note „unzweifelhaft nach Handelsrecht und Usancen". Heise im Hamb. Arch. f. H.R. I p. 315 „da er ohne Frage das Retentionsrecht an den versicherten Waaren ausüben könnte." Nicht auf das Depositengeschäft, wenn auch auf Aufbewahrung bezieht sich die Anerkennung des Retentionsrechts in den Entsch. des R.O.H.G. VII p. 362 ff., IX p. 54. — Was England anbetrifft, so spricht Leone Levi p. 496 bei Not. d dem banker das right of lien ganz ab bezüglich der „plate deposited in his chest with them for safe custody;" dagegen gewährt es Walker p. 140 doch ausnahmsweise für connexe Forderungen: „no lien on it except for his reasonable charges for his care in keeping it safely".

[100]) Oben Endemann II p. 106 Not. 77. Goldschmidt § 95 vor Not. 59 und bei Not. 62. Für die allgemeine Ausschliessung Dernburg N. 10, Puchelt N. 5 c. a. E. zu Art. 313 (das citirte Erkenntniss des R.O.H.G. IX p. 436 betraf nicht das kaufmännische Retentionsrecht, da die Kaufmannseigenschaft des einen Kontrahenten verneint war.) Für die generelle Zulassung anscheinend Thöl § 233 Not. 38 (in Z. 5 muss es statt „fehlen" wohl „zustehen" heissen).

[101]) v. Hahn § 19 zu Art. 313.

[101a]) Anschütz u. v. Völderndorff III p. 200 vor Not. 29.

Zahlungseinstellung oder fruchtlos vollstreckte Exekution bezüglich des Deponenten eingetreten oder dem Depositar bekannt geworden ist (Art. 314).

Nur gerichtliche Beschlagnahme befreit den Depositar von der Restitutionspflicht; die Kenntniss des Eigenthums eines Dritten reicht nicht aus.[102])

13. Der **Deponent** ist verpflichtet,

a. sofern nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, das verabredete oder ortsübliche, eventuell ein angemessenes Entgelt (Provision, Lagergeld) zu zahlen,[103]) im Zweifel postnumerando;[104])

b. die nothwendigen, sowie die vom Deponenten genehmigten Auslagen des Depositars zu erstatten;[105])

c. für den Schaden zu haften, der dem Depositar durch die Niederlegung in Folge von Arglist oder Versehen des Deponenten entstanden ist.[106]) Ist das Geschäft für den Deponenten Handelsgeschäft, so haftet er für die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns.

---

[102]) Vgl. Dernburg Not. 30; nach franz. Recht genügt auch aussergerichtliche Opposition. Pont 495 u. 496, Pardessus 511. Vgl. oben Not. 94.

[103]) Vgl. oben Not. 13, 14 u. 38. R.O.H.G. XXIII p. 95 ff., Pardessus 512, Argent. 722, Bolivia 112, 113, 139, 343 (bei Mangel einer Abrede anscheinend eine gesetzliche Gebühr in der Höhe von 4 oder 6 Proz.), Brasil. 282, Chile 809. Der Württemb. Entw. 405 nennt die Belohnung „Commissionsgebühr", die Bestimmung oder Erhöhung der Gebühr kann dem Depositar vorbehalten sein; so bei der Reichsbank (a. a. O. p. 270 Z. 5).

[104]) Bei der Reichsbank jährliche Pränumeration bei Vermeidung gerichtlicher Niederlegung auf Gefahr und Kosten des Deponenten (a. a. O. p. 270 Z. 4, 272 Z. 2, 279). Nach dem Dresd. Entw. 746 ist bei vorzeitiger Rückgabe nur der der Dauer der Hinterlegung entsprechende Theil der verabredeten Vergütung zu zahlen. Die Reichsbank zahlt auch bei vorzeitiger Aufhebung nichts zurück.

[105]) Vgl. Pardessus 512, Vidari 2346, Windscheid Not. 15 („wegen nothwendiger oder sonst dem Hinterlegenden zur Last fallender Verwendungen"), Koch Not. 4, Dernburg Not. 36—38, Eccius Not. 62, Gruchot p. 792 u. 814. Oesterr. B.G.B. § 967 „die zur Erhaltung der verwahrten Sache oder zur Vermehrung der fortdauernden Nutzungen verwendeten Kosten". C. c. 1947 „pour la conservation de la chose déposée", doch billigt die Jurisprudenz auch die Erstattung der nützlichen Impensen „jus'qu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée à l'objet" zu (Pont 508, a. M. Laurent 129). Nach Sächs. B.G.B. § 1273 die Verwendungen nach den Vorschriften der Vindikation (Siebenhaar p. 658). Schweiz. O.R. 477 „die mit der Erfüllung des Vertrages nothwendig verbundenen Auslagen" (vgl. Not. 2 bei Schneider u. Fick). Argent. 723 u. 310, Bolivia 134 u. 343, Brasil. 154 u. 283 („alle Kosten und Auslagen bei der Ausführung"). Der Dresd. Entw. 745 u. 557: nothwendige stets, nützliche nur, soweit sie der muthmaasslichen Absicht, den Verhältnissen und dem Vortheile des Deponenten entsprechen und den Werth des Depots erhöhen; event. nur jus tollendi.

[106]) Windscheid Not. 16, Pardessus 513, C. c. 1947, Pont 510, Laurent 130 (auch falls dem Deponenten kein Verschulden zur Last fällt). Argent. 312 u. 723. Oesterr. B.G.B. § 967 „den schuldbarerweise zugefügten Schaden zu ersetzen". Dresd. Entw. 745 „durch seine Verschuldung entstandenen Schaden". Nach Preuss. A. L.R. Haftung für geringes, bei depos. miserabile für mässiges Versehen. Dernburg Not. 39, Eccius Not. 63.

2. Besondere Fälle.

§ 431.

a. Deposit zur Verwaltung.

Neben der Verwahrungs- und Restitutionspflicht kann der Depositar noch zur Vornahme von positiven Handlungen rechtlicher oder wirthschaftlicher Natur im Interesse des Deponenten verpflichtet sein. (**Deposit zur Verwaltung**[1]) oder **qualifizirtes** Depositengeschäft). Diese Pflicht darf aber nicht die Hauptsache sein; die Hauptintention der Kontrahenten muss vielmehr auf Verwahrung gerichtet sein;[2]) andernfalls hört das Geschäft auch bezüglich der Verwahrung auf, Depositum zu sein und geht vollständig in Mandat resp. Kommissionsgeschäft über.[3]) Insoweit die Verwaltung dagegen nur Nebenpflicht, bestimmen sich Rechte und Pflichten der Kontrahenten in der Hauptsache, auch was die Statthaftigkeit der Kompensations- und Retentionseinrede anbetrifft, nach den Regeln vom Depositum und nur bezüglich der Verwaltung nach den Grundsätzen vom Mandat resp. Kommissionsgeschäft.[4])

Die Verwaltung kann unentgeltlich oder, — was zu präsumiren, wenn der Depositar Kaufmann, Art. 290, — entgeltlich besorgt werden. Die Aufbewahrungsprovision umfasst im Zweifel die Verwaltungsprovision nicht in sich.[5])

Die Verwaltungspflicht kann ausdrücklich übertragen und übernommen sein; sie kann aber auch dem Depositar gesetzlich auferlegt sein[6]) oder nach der Natur des Deposits als stillschweigend bedungen gelten. Das Letztere ist im Zweifel[7]) bezüglich offen deponirter **Werthpapiere** anzunehmen. Der Depositar ist hierbei im Zweifel für berechtigt und verpflichtet zu erachten, alle Vorkehrungen zur Erhaltung des Werthes und der gesetzlichen Wirkungen der Papiere für Rechnung des Deponenten vorzunehmen,[8]) die fälligen Zins- und Dividenden-

---

[1]) Hübner p. 57; vgl. oben § 430 bei Not. 8 u. unter § 432 Not. 39, 52 ff.

[2]) Dernburg § 211 Not. 3. Vgl. auch oben § 430 Not. 6.

[3]) Oesterr. B.G.B. § 960. Vgl. übrigens auch R.O.H.G. IV p. 93 ff. („in der Hauptsache Vollmachtsvertrag").

[4]) Vgl. § 430 Not. 9, auch Pardessus 500 „on supposserait facilement mandat" (unten Not. 8) u. unten § 432 Not. 55.

[5]) Hübner § 58. Dem steht nicht entgegen R.O.H.G. XXIII p. 95 ff. (16. Novbr. 1877).

[6]) So bei der Deposition von zinsbaren Werthpapieren nach dem H.G.B. von Argentina 728, Bolivia 345, Brasil. 277 u. 286, Chile 811, Span. 410, Port. 309, Württemb. Entw. 407, Columb. 372, Costa-Rica 357, Guatemala 395, vgl. Not. 12.

[7]) Die preuss. Hinterl.Ordnung v. 14. März 1879 § 38 Z. 2 (Zeitschr. f. H.R. XXVI p. 187) dispensirt die Hinterlegungskasse ausdrücklich von der Pflicht der Einziehung neuer oder der Beträge fälliger Zins- oder Dividendenscheine. Eccius Not. 90.

[8]) Das dürfte im Hinblick auf die gesetzlichen Bestimmungen in Not. 6 wohl als allgemeines Handelsgewohnheitsrecht anzunehmen sein. Vgl. auch Pardessus 500 „C'est encore une conséquence des devoirs du dépositaire, que de recouvrer les intérêts, et même de toucher les capitaux de créances dont les titres lui ont été remis en depôt, si le retard, dans cette perception, pouvait nuire au déposant, ou si l'intention

scheine einzuziehen, die neuen Kuponsbogen zu erheben,[9]) erforderlichen Falls, insbesondere bei offen deponirten Wechseln, Protest erheben zu lassen und zu notifiziren, auch bei Verzugsgefahr das Inkasso der deponirten Papiere vorzunehmen, sofern deren Fälligkeit ihm bekannt ist oder bekannt sein müsste.

Dagegen ist bei offen deponirten Werthpapieren ohne besondere Abrede der Depositar nicht verpflichtet. die Ziehungen und Kündigungen zu überwachen;[10]) das kann der Deponent auch ohne Besitz der Papiere selbst besorgen. Ebenso erscheint er mangels besonderer Abrede nicht verpflichtet, Einzahlungen auf nicht vollgezahlte Papiere zu leisten, mindestens dann nicht, wenn er ohne ausreichende Deckung des Deponenten ist, da ihm so wenig als dem Kommissionär[11]) zugemuthet werden kann, in Vorschuss zu gehen.[12]) Ob er zu solchen Einzahlungen auch nur berechtigt, richtet sich darnach, ob die Einzahlung wirklich im Interesse des Deponenten gelegen;[13]) nur insoweit hat er als gestor den Anspruch auf Ersatz. Ist dem Depositar die Einzahlungspflicht bekannt, so

---

de celui-ci d'autoriser le dépositaire à faire les actes de conservation convenables, résultait du fait qu'il a déposé les titres à découvert, et que la nature de ces titres ou les pièces qui les accompagneraient, missent le dépositaire à même de remplir cette mission. Dans ce cas, on supposerait facilement mandat, et l'on en suivrait les règles. Mais l'appréciation des circonstances pourrait seule décider les tribunaux". Vgl. auch Vidari 2335 a. E.

[9]) Dazu ist auch nach B.Ges. v. 2. Juni 1869 § 6 das Reich bezüglich der Kautionen seiner Beamten, nicht aber die Hinterlegungskasse nach dem preuss. Ges. v. 14. März 1879 (Not. 7) verpflichtet. Vgl. Laband I p. 417.

[10]) Die Reichsbank übernimmt dies nur „auf Verlangen des Deponenten" (a. a. O. p. 237, 240). Ausdrücklich ist diese Pflicht ausgeschlossen durch die Hinterl.O. § 38 Z. 1, auch durch das Reichsbeamten-Kautionsges. a. a. O.

[11]) Grünhut, Recht des Kommissionshandels p. 253 Not. 18 ff.

[12]) Nach der ganz allgemeinen Fassung der Not. 6 citirten Gesetze dürfte man fast annehmen, dass jene Gesetzgeber den Depositaren auch ohne Deckung die Pflicht auferlegten, die Gefahr der Präjudizirung oder Kaduzirung von den Deponenten abzuwenden; z. B. Argent. 728. „Einziehung zu Lasten des Depositars, sowie alle übrigen nöthigen Vorkehrungen zur Erhaltung ihres Werths und ihrer gesetzlichen Wirkung, bei Strafe, die Schäden und Nachtheile tragen zu müssen." Bolivia 345 „sowie alles Nöthige besorgen, damit jene ihren Werth und ihre Rechtskraft beibehalten". Brasil. 277 „alle Handlungen vorzunehmen, welche zur Erhaltung des Werths der Urkunden selbst, sowie der Rechte des Schuldners erforderlich sind, und wird für jede Unterlassung, welche ihm in dieser Beziehung zur Last fallen könnte, verantwortlich". Chile 811 „und alle nöthigen Maassregeln zu treffen, um die Rechte des Deponenten zu wahren." Span. 410, Cundinamarca 372, Costa Rica 357, Guatemala 395 übereinstimmend: „sowie auch alle zur Bewahrung ihres Werths und ihrer gesetzlichen Wirkungen nöthigen Maassregeln zu treffen". — Die Reichsbank (p. 238 Z. 1 f. u. 241) macht die Leistung der Einzahlungen vom Antrag und von Einzahlung des erforderlichen Geldbetrags nebst der Provision abhängig.

[13]) Das ist keineswegs stets der Fall; man denke an Aktien, Kuxe u. s. w. Vgl. auch Vidari 2335. Nach preuss. Recht I, 14 §§ 44, 45 ist der Depositar zur Vornahme von Verbesserungen nicht einmal berechtigt. Eccius Not. 21.

ist er zur Benachrichtigung des Deponenten verpflichtet,[14]) soweit nicht auch diese Pflicht vertragsmässig ausgeschlossen ist.[15])

Zur **Versicherung** der deponirten Objekte ist, auch bei dem qualifizirten Depositum, der Depositar nicht verpflichtet.[16]) Dagegen ist jedem Depositar das Recht auf Versicherung und demgemäss der Anspruch auf Erstattung der Assekuranzprämie zuzugestehen.[17])

§ 432.

b. Das Lagerhausgeschäft.[1])

1. Das Lagerhausgeschäft,[2]) auch Lager-,[3]) Lagerungs-[4]) oder Grosslagergeschäft[5]) genannt, ist die gewerbsmässige, entgeltliche Aufbewahrung fremder Sachen[6]) in grösseren[7]) Niederlagen und zwar in der Regel unter Aus-

---

[14]) Allgemein Dernburg § 212 „wohl aber liegt ihm die Anzeige des Bedürfnisses (zu Aufwendungen) ob".

[15]) Die Reichsbank „lässt sich auf eine Erinnerung dieserhalb nicht ein" (a. a. O.).

[16]) Nach Analogie von Art. 367 des H.G.B. A. M. (vor dem Erlass des H.G.B.) Heise im Hamb. Arch. I p. 315 u. 316, wo aber zugestanden wird, dass der Kaufmannsstand entgegengesetzter Ansicht sei. Vgl. auch Vidari 2334. Gegen die Versicherungspflicht Hübner p. 55, Dernburg Not. 5, Eccius Not. 14 (Striethorst 41 p. 83), Gruchot p. 807, R.G. Erk. v. 24. Jan. 1881 (bei Puchelt Not. 4 zu Art. 282). Vgl. § 432 Not. 53 a.

[17]) Vgl. R.O.H.G. VII p. 260 ff., IX p. 54 (12. Febr. 1873).

[1]) Litteratur: Goldschmidt § 76, Endemann oben II p. 40 und die dort Not. 33 Citirten, sowie jetzt ganz besonders Hecht, die Warrants 1884, woselbst reiche Litteraturnachweise, (dazu Neumann-Spallart in Grünhuts Zeitschr. XI p. 610—622) u. Vidari V p. 58—162 Nr. 2361—2452. Neuestens: Thilo, Die öffentlichen Lagerhäuser mit Warrant-Ausgabe und die Elevatoren in ihrer Bedeutung für Russland und namentlich Riga, Leipzig, 1884; feuilletonistisch.

[2]) Dieser Name findet sich in der Uebersetzung des ungar. H.G.B., Budapest 1876, Th. II Tit. 6.

[3]) Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 56. Rechtslexikon s. v. Lagergeld (R. Koch).

[4]) Hecht p. 177.

[5]) Goldschmidt Not. 37. — Auch der Name Magazinage begegnet zuweilen: vgl. z. B. Hecht p. 33.

[6]) D. H.G.B. Art. 302 „Waaren oder andere bewegliche Sachen". Ebenso Brem. Ges. § 1, Mannh. Entw. § 1, Ges. v. Basel § 1 „Rohstoffe und Kaufmannsgüter aller Art." Gleichlautend Entw v. St. Gallen § 1. Span. Ges. § 1 „Boden- und Industrie-Erzeugnisse". Lyon-Caen 703 „des objets mobiliers de toutes sortes et spécialement des marchandises". Ungar. H.G.B. § 434 „Güter". — Als thatsächlich ungeeignet sind schnell verderbliche und umständlicher Schutzmanipulationen bedürftige Waaren zuweilen vom Lagerhaus ausgeschlossen; z. B. in Bremen, Betriebsordnung § 1. Vgl. auch Landgraf im Jahresber. der Mannh. Handelskammer für 1877—1879 p. 25 u. Roscher, System III § 93 Not. 9. — Die Aufbewahrung von Geld, Pretiosen und Werthpapieren pflegt nach dem deutschen Sprachgebrauch nicht zum Lagerhausgeschäft gerechnet zu werden. Vgl. oben § 430 Not. 17, § 431 und unten Abschnitt 12 (bezüglich der Effektenchecks).

[7]) Vgl. z. B. Lyon-Caen 703 „On appelle ainsi de vastes magasins". Oeffentlichkeit ist zwar oft erfordert, doch wohl nicht wesentlich; vgl. Bayerdörffer in Conrads Jahrb. 31 p. 3 u. 4. Vgl. auch unten Not. 8, 14 u. 27.

stellung von Urkunden (sog. Lagerpapieren), welche die aufbewahrte Sache im Verkehr zu vertreten bestimmt sind.[8])

2. Die Niederlagen werden Lager-, Waaren- oder Packhäuser, Packhöfe, docks,[9]) ware-houses, stores,[10]) magasins généraux,[11]) auch entrepôts[12]) genannt.[13]) Der Name Entrepôt gebührt eigentlich nur den Niederlagen, in denen zollpflichtige Güter zollfrei lagern,[14]) doch ist der Sprachgebrauch kein strenger.[15])

3. Das Lagerhausgeschäft fördert den Durchgangshandel, wie den inneren Verkehr.[16]) Es vermindert für den Einleger (Einlagerer, Lagerhalter)[17]) die Kosten der Lagerung und der Versicherung, erhöht seine Sicherheit, erspart ihm entweder ganz oder zeitweise die Zollzahlung oder vermindert doch die Unbequemlichkeiten der Verzollung; es erspart auch die Kosten und

---

[8]) Das Ungar. H.G.B. § 434 definirt: „Eine Unternehmung, welche sich mit der Einlagerung von Gütern und der Ausgabe von Lagerscheinen beschäftigt, wird als öffentliches Lagerhaus angesehen.“

[9]) Dock bedeutet ursprünglich das Hafenbassin zur Schiffsreparatur und Waarenausladung, dann das daselbst befindliche Lagerhaus. Vidari 2362 Not. 1, Heine in der Tübinger Zeitschr. f. St.W. 23 p. 636 ff. Das Dockwesen betrifft zunächst die Landungs-, nicht die Lagergeschäfte. Carl, Lagerpapiere 1873 p. 12.

[10]) So in Amerika und Schottland; Hecht p. 33, Bayerdörffer p. 5 Not. 1. Ueber amerikanische grain elevators Sachs in Zeitschr. f. H.R. 18 p. 418 u. unten Not. 132 ff.

[11]) In Italien magazzini generali. — Dass das Beiwort nicht Verschiedenheit der deponirten Objekte erfordert, Vidari 2362 u. Lyon-Caen 710.

[12]) Historisches über Entrepôts (Athen z. Z. des Demosthenes; Alexandria 1290; Frankreich z. Z. Colberts) vgl. Roscher Not. 12, 13, Lexis in Schönbergs Handb. p. 1117. Dass in Sicilien schon im 13. und 14. Jahrhundert Entrepôts bestanden, macht Errera, i magazz. gener. 1872 p. 4 ff. wahrscheinlich auf Grund von Boccaccio's Decamerone (7. giornata, letzte Novelle) und von Pandett. della gabella e dei diritti della curia di Messina (ed. Sella 1870). —

[13]) Ueber römische entgeltliche Aufbewahrung in Magazinen (horrea) vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschr. III p. 107 ff.

[14]) Vgl. Goldschmidt nach Not. 37, Vidari 2362. — Das deutsche Vereinszollges. v. 1. Juli 1879 §§ 97—108 unterscheidet öffentliche, unter amtlicher Aufsicht stehende Niederlagen, in denen Waaren bis zu ihrer weiteren Bestimmung unverzollt gelagert werden können, und Privatläger. Erstere zerfallen wieder in allgemeine Niederlagen (Packhöfe, Hallen, Lagerhäuser, Freihäfen), beschränkte Niederlagen und freie Niederlagen oder Freiläger in Seehäfen; letztere (die Privatläger) zerfallen wieder in Privatkredit- und in Privattransitläger. Das österr. Ges. v. 10. Juni 1866 unterscheidet Freilager für unverzollte Waaren und Waarenhäuser für bereits verzollte oder zollfreie Waaren. Ueber die ausserhalb der Zolllinie liegenden ital. Freihäfen (punti o depositi franchi) vgl. Vidari 2442 ff. Ueber holländ. Entrepôts Hecht p. 37 ff., 60.

[15]) Mitunter werden auch zollfreie Waaren im Entrepôt gelagert (Hecht p. 47; Roscher Not. 11). Die englischen Zollbehörden bezeichnen die zu bonded warehouses (Entrepôts) geeigneten Lagerhäuser. Goldschmidt nach Not. 47. Hecht p. 71. — Ueber Abarten der franz. entrepôts (du prohibé u. spéciaux) vgl. Hecht p. 68 ff., über den Gegensatz reeller und fiktiver Entrepôts Hecht p. 71, Goldschmidt Not. 34.

[16]) Vgl. den Eingang des § 97 des deutschen Vereinszollgesetzes.

[17]) Letzterer Ausdruck z. B. bei dem Leipziger Lagerhof. Vgl. R.O.H.G. XXV p. 355. — „Einlagerer“ in der Bremer Betriebsordnung § 3.

Verluste der Ortsveränderung. Es nivellirt die Preise[18]) und erleichtert den Umsatz, wie die Kreditgewährung hinsichtlich der eingelagerten Waaren in hohem Grade.[19])

4. In einer Reihe auswärtiger Staaten[20]) sind die Lagerhausgeschäfte und

---

[18]) Besonders Bayerdörffer p. 101 ff u. 8 Not. 2. Derselbe erwartet auch eine Beförderung des Baarzahlungssystems vom Warrantinstitut.

[19]) Ueber den Nutzen der Lagerhäuser vgl. besonders Goldschmidt nach Not. 42, dem der Text sich wesentlich anschliesst, sowie Lyon-Caen 703, Vidari 2363 ff., Roscher p. 441 ff., Bayerdörffer p. 95 ff., Heine p. 638 ff., 644 ff., Landgraf p. 26. Die erleichterte Erlangung von Vorschüssen auf Lagerhauspapiere unterschätzt für die Gegenwart anscheinend doch wohl Hecht (vgl. Neumann-Spallart p. 614, 616), wenngleich Hecht mit Recht betont, dass historisch der Warrant in seinen Heimathsländern, England und Holland, im Anschluss an die öffentlichen Auktionen entstanden und dort weit mehr dem Umsatz, als dem Kredit gedient hat. — Ueber mögliche Missbräuche vgl. Heine p. 647 ff. und Bayerdörffer p. 105.

[20]) a. Frankreich: ältere Dekrete v. J. 1848; jetzt Ges. v. 28. Mai 1858, Reglement v. 13. März 1859 u. Ges. v. 31. August 1870. Zeitschr. f. H.R. II p. 118 ff. u. XVII p. 516 ff. (Franz Mittermaier).

b. Belgien: älteres Ges. v. 1848; jetzt Ges. v. 18. Novbr. 1862. Zeitschr. f. H.R. VII p. 406 ff., Heine p. 607—624, Bastiné, code de la bourse p. 16 ff., Hecht p. 100 ff.

c. Oesterr. Ges. v. 16. Juni 1866 (Zeitschr. f. H.R. X p. 472 ff.) u. Verordn. v. 19. Juni 1866, Hecht p. 141 ff. u. Neumann-Spallart p. 617—620.

d. Ungar. H.G.B. §§ 434—452.

e. Spanien: Ges. v. 9. Juli 1862. Zeitschr. f. H.R. VI p. 536. Hecht p. 139 ff.

f. Dänemark: Ges. v. 25. Februar 1866, nur erwähnt in Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 485.

g. Italien: Ges. v. 3. Juli 1871 (Text bei Errera p. 24 ff., Excerpt in Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 103, 104), modifizirt durch Ges. v. 2. April 1882 (Excerpt in Zeitschr. f. H.R. XIX p. 521; Text u. Noten v. Sarraute im Annuaire de lég. étrang. XII p. 636 ff.). Diesem modifizirten Inhalt nach ging dasselbe, soweit privatrechtlich, in den neuen C. d. c. als Th. I tit. 16, Art. 461—469 über; Art. 2 des Ges. v. 2. April 1882 ermächtigte die Regierung, den abgeänderten Wortlaut des Ges. v. 3. Juli 1881 im Wege der Verordnung festzustellen. Diese kgl. Verordn. ist am 17. Dezbr. 1882 erlassen. Vgl. Franz Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. XIX p. 521 u. 167, Sarraute a. a. O., überhaupt Hecht § 39 u. Vidari a. a. O. Der Gesetzestext bei Hecht p. 130 ist der Artikelfolge und z. Th. auch dem Inhalt nach nicht der jetzige offizielle.

h. Schweiz. Das neue Oblig.R. nur dürftig (Art. 209, 212, 844, 845); Kantonalgesetze bestehen daneben in Baselstadt (Lagerhaus-Ordnung v. 26. Febr. 1862, Ges. v. 24. März 1864 nebst Verordn. v. 27. April 1864 (Zeitschr. f. H.R. XI p. 348 ff.), Verordn. v. 4. Juni 1870 u. Ges. betr. Einf. des eidgen. Obl.R.), Genf (älteres Ges. v. 1859 in Zeitschr. f. H.R. XI p. 347 ff.; jetzt Ges. v. 30. Septbr. 1872 in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 131) und — was Hafner zu Art. 209, sowie Schneider u. Fick zu Art. 212 allerdings nicht erwähnen — in Solothurn (Ges. v. 3. April 1879 nebst Verordn. v. 26. Juli 1879). Vgl. Hecht p. 117—124. Der Entw. eines Ges. für St. Gallen v. J. 1863 in Zeitschr. f. H.R. XI p. 352 ff.; Hecht a. a. O.

i. Holland: wesentlich administrative Gesetze 1822, 1828, u. 4. April 1870 u. K.Beschlüsse v. 1828 u. 1876 (Hecht p. 36 ff.); privatrechtliche Bestimmungen über die Inhaberlagerpapiere fehlen (Kist p. 543, Stern bei Thilo p. 137 ff.; irrig Heine p. 585).

k. England: kein eigentliches Spezialgesetz; nur gelegentliche Erwähnung in 4 Ges. IV c. 83, 6 Ges. IV c. 94, 5 u. 6 Vict. c. 39, 40 u. 41 Vict. c. 39 Hecht p. 4 Not. 2. Ganz unbefriedigend Leone Levi p. 505 ff.

Lagerpapiere gesetzlich mehr oder minder vollständig geregelt; zuweilen ist das Lagergeschäft unter den Grundhandelsgeschäften aufgeführt.[21])

Die deutsche Handelsgesetzgebung hat das Lagergeschäft als solches gar nicht, die Lagerpapiere in Art. 302, 303, 305, 313 u. 374 nur unvollständig geregelt;[22]) das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 aber ermangelt der Ausbildung wirklicher Lagerpapiere,[23]) abgesehen davon, dass es nur auf Entrepôts, nicht auf andere Lagerhäuser Bezug hat.[24]) Von den deutschen Bundesstaaten haben nur[25]) **Hamburg**[26]) und **Bremen**[27]) Spezialbestimmungen erlassen. In Elsass-Lothringen ist die französische Gesetzgebung fast vollständig in Kraft geblieben.[28]) Trotz dieser ungenügenden gesetzlichen Regelung gibt es in einer ganzen Reihe deutscher Städte Lagerhäuser mit freilich nur mässig umfangreichem Geschäftsbetrieb.[29])

---

l. Nordamerika n. Union. Ges. v. 6. August 1848 (warehousing law), 28. März 1854, 14. März 1866 (Goldschmidt Not. 36, Hecht p. 33. — New-York Ges. v. 1858, 1866, 1879, 1882 u. 1883 bei Hecht p. 212—218. — Virginia, act 1874 (Daniel II p. 640).

m. Uruguay: Verordn. v. 1879 (Zeitschr. f. H.R. 27 p. 496 ff.).

n. Argentina 124—132 („von den Lager- u. Depotverwaltern" ohne Regelung der Lagerpapiere).

o. Brasilien 87—98 („von den Verwaltern von Speichern und Niederlagen"; ohne Regelung der Lagerpapiere). — Ueber einen russischen Entw. vgl. Thilo p. 135.

[21]) Vgl. oben § 430 Not. 19 u. unten Not. 37.

[22]) Oben II p. 40 (Endemann), Anschütz u. v. Völderndorff III p. 130 ff., Hecht p. 144 ff., 156, 158, 176, Neumann-Spallart p. 612, Beschluss des deutschen Handelstages 1882 u. Handelskammer Cöln (bei Hecht p. 166 u. 162, 163 Not. 2. A. M. Handelskammer Zittau (ebendas. p. 165 Not. 1). Vgl. auch Goldschmidt Not. 57—66. — Ein Entw. eines deutschen Warrant-Ges. ist von Landgraf ausgearbeitet und im Jahresber. der Mannheimer Handelskammer für 1877—1879 p. 31—42 nebst Motiven publizirt.

[23]) Der von der Zollvereinsniederlage ertheilte Dispositionsschein ist auch jetzt blosses Legitimationspapier, wie er dies vor dem Vereinszollgesetz gewesen. Goldschmidt Not. 29, Anschütz u. Völderndorff p. 132 Not. 25, Hecht p. 147 Not. 1.

[24]) Nur auf Entrepôts haben auch die Gesetze von Spanien, Uruguay und der amerikanischen Union (Goldschmidt Not. 38) Bezug.

[25]) Ueber den Lagerpfandschein nach der preuss. Deklaration v. 16. Juli 1785 resp. dem A. L.R. I 20 §§ 345—366 (wenn die Waaren in einem mehreren Kaufleuten gemeinschaftlichen Speicher oder Magazine befindlich u. s. w.) vgl. Goldschmidt Not. 32. — Ueber einen von Adler ausgearbeiteten bayerischen Entw. vgl. Gareis, Das Warrant-Indossament im Centralorgan N. F. VIII p. 303.

[26]) Reglement für die Benützung des Quai-Speichers v. 8. Febr. 1871 im preuss. Handelsarchiv 1875 I p. 277 ff. Vgl. auch Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 73, 74, Landgraf a. a. O. p. 29, Hecht p. 153.

[27]) Ges. betr. Lagerscheine u. Warrants v. 13. Mai 1877 (Zeitschr. f. H.R. 23, Beilageheft p. 52 ff.). Die Aktien-Gesellschaft „Bremer Lagerhaus-Gesellschaft" ist durch Beschluss des Senats v. 22. Mai 1877 als öffentliches Lagerhaus autorisirt worden; die Betriebsordnung, sowie die Warrantordnung derselben ist abgedruckt a. a. O. p. 57 ff. u. 62 ff. Vgl. über Bremen Hecht p. 148—153.

[28]) Mit der einzigen Ausnahme des Art. 12 des Ges. v. 28. Mai 1858, an dessen Stelle § 837 ff. der Civ.Proz.O. getreten sind. So Hecht p. 155.

[29]) z. B. Berlin, Leipzig, Magdeburg, München, Passau, Lindau. Vgl. Hecht p. 158 ff., 167 ff. Ueber Mannheim a. a. O. p. 156 ff., Zeitschr. f. H.R. XXIII

5. Die Errichtung von Lagerhäusern mit der Ermächtigung zur Ausgabe von Lagerpapieren ist in einigen Ländern freigegeben,[30]) in anderen von staatlicher Konzession[31]) oder von der Erfüllung gewisser Normativbedingungen[32]) abhängig gemacht. Das deutsche Handelsgesetzbuch hat sich damit begnügt, den Lagerpapieren der Kaufleute[33]) und der staatlich ermächtigten Anstalten die Eigenschaft der Skripturobligation beizulegen, ohne jedoch diese Eigenschaft den Papieren anderer Lagerhäuser zu versagen, „sofern nach Gesetz, Handelsgebrauch oder nach Uebereinkommen der Betheiligten der Lagerschein diesen Karakter trägt.“[34]) Nach dem Bremer Gesetz bedarf es für Anstalten der Ermächtigung durch den Senat.[35])

6. Das Lagerhausgeschäft ist in Deutschland nur insoweit Handelsgeschäft, als es von Aktiengesellschaften[36]) oder sonstigen Kaufleuten betrieben wird. Der blosse gewerbsmässige Betrieb des Lagerhausgeschäftes gibt an sich nicht Kaufmannseigenschaft.[37])

7. Der Vertrag zwischen dem Lagerhaus und dem Einleger ist nach

---

Beilageheft p. 71 ff. (Reglement v. 1. Septbr. 1875) u. Mannheimer Jahresber. p. 21 ff. Ueber Leipzig (Lagerhofsordnung, bestätigt durch Dekret v. 31. März 1853) vgl. Hecht p. 147 u. Entsch. d. R.O.H.G. XXV p. 352. Eine Lagerhausgründung ist z. Z. beabsichtigt in Frankfurt a. M.

[30]) Z. B. in England u. Belgien. Ueber die vielerörterte gesetzgeberische Frage nach der Freiheit der Errichtung vgl. besonders Munzinger, Motive p. 433 ff., Anschütz u. v. Völderndorff p. 135, Heine p. 639 ff., Bayerdörffer p. 13 ff., Landgraf p. 32, Hecht p. 33, 118, 121 ff.

[31]) So in Oesterreich (Bewilligung des Minist. f. Handel u. Volkswirthschaft) u. in Frankreich; (seit 1870 hat der Präfekt das Recht der Autorisirung; nur bei entrepôts bedarf es noch eines Dekrets). Zeitschr. f. H.R. XVII p. 516, Lyon-Caen 705—707). Vgl. Bayerdörffer p. 14.

[32]) Ung. § 435: Anzeige bei Gericht unter Nachweis eines Stammkapitals von mindestens einer halben Million Gulden. Brasil. 87: vor Gericht abgegebenes schriftliches Versprechen getreuer Verwahrung. Italien: Publikation des Namens und Wohnorts des Unternehmers, des Kapitals, der gebotenen Sicherheit und der übernommenen Pflichten (Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 103). — Kautionsbestellung erfordert von den veemen (d. h. den Vereinigungen von Werkleuten zum Betriebe des Lagerhausgeschäfts), falls dieselben Lagerpapiere ausgeben wollen, Holland (Hecht p. 53 u. 62 Note); Kaution ist übrigens auch in Frankreich zu bestellen; vgl. die Not. 31 Citirten.

[33]) Jedoch nur, falls Fungibilien eingelagert sind, vgl. Art. 301 des H.G.B.

[34]) Goldschmidt bei Not. 57.

[35]) § 1. Die Ermächtigung ist zu publiziren.

[36]) Z. B. in Bremen, Mannheim, München. Nicht zu den Handelsgeschäften gehören die Geschäfte derjenigen Lagerhäuser, die vom Staat, von Gemeinden, Nichtkaufleuten, Nichthandelsgesellschaften betrieben werden. Staatlich sind die Lagerhäuser z. B. in Hamburg (Quaispeicher), Solothurn, Amsterdam; vgl. Hecht p. 153, 123, 41), städtisch z. B. der Leipziger Lagerhof (a. a. O. p. 147).

[37]) Für die Aufnahme der Lagerungsgeschäfte unter die Grundhandelsgeschäfte Hecht p. 177, Goldschmidt Not. 58; a. M. zum Theil Vidari 2367: der carattere commerciale sei auf diejenigen Fälle zu beschränken, „quando servono a scopi commerciale“; den Geschäften der punti franchi komme jedoch stets carattere mercantile zu (2445). Vgl. auch oben Not. 21 u. 430 Not. 19.

moderner Auffassung in der Regel entgeltliches Depositum,[38]) mit dem häufig auch ein Mandat (zur Verwaltung) sich verbindet.[39]) Wird ausnahmsweise statt stückweiser Einlegung über einen räumlich abgegrenzten Theil (Keller, Boden) des Lagerhauses kontrahirt,[40]) so liegt Sachmiethe (mit oder ohne Mandat) vor. Ob die Einlagerung im Entrepôt der Zollverwaltung oder nach der Verzollung in einem Lagerhause erfolgt, ist für den Rechtskarakter des Geschäfts irrelevant; hat auch die Zollverwaltung ein Pfandrecht an den bei ihr niedergelegten Waaren, so liegt doch kein Pfandvertrag[41]) vor, denn die Hauptabsicht der Parteien geht auf Aufbewahrung, nicht auf Pfandbestellung.

8. Die Vertragsfreiheit des Lagerhauses ist partikularrechtlich durch die Pflicht zum Abschluss von Lagerhausgeschäften, soweit Raum und Arbeitskräfte reichen, sowie durch das Verbot der Bevorzugung einzelner Einleger beschränkt.[42]) Das Lagerhaus pflegt die Aufnahme zur Einlagerung von einer schriftlichen Anmeldung abhängig zu machen.[43])

9. Das Lagerhaus ist verpflichtet

a. dem Einleger oder dem Inhaber der Lagerpapiere die Besichtigung der eingelagerten Güter jederzeit zu gestatten.[44])

b. Dem Einleger die Sortirung, Reinigung, Aus- und Wiedereinpackung, meist auch die Be- und Verarbeitung der Güter in den Lagerräumen, sowie die Entnahme von Mustern zu gestatten,[45]) soweit nicht die Zollbehörde zur Verhütung von Defrauden Schranken zieht,[46]) oder der Inhaber des Lagerpfandscheins

---

[38]) Lyon-Caen 739: „Ainsi le magasin général est un dépositaire salarié." Ebenso Span. Ges. Art. 4. Basel. Ges. § 31 (Deponent). Munzinger p. 443 u. passim, Vidari 2631 ff. „del deposito nei magazzini generali." Die H.G.B. von Argentina 132 und Brasilien 98 erklären die Bestimmung vom Depot bezüglich der Lagerverwalter für anwendbar. Gareis, Rechtslexikon s. v. Warrant „gewöhnlich der Depositar". Auch Hecht spricht wiederholt z. B. p. 55, 66, 67, 73, 76 ff. von Deponent und Depositar, freilich auch manchmal von Lagermiethe. Selbst Goldschmidt bei Not. 53 verwendet den Ausdruck Deponent und deponirte Waare. Vgl. übrigens oben § 430 bei Not. 37, sowie R. Koch im Rechtslexikon s. v. Lagergeld: „Die Verpflichtung zur Zahlung von Lagergeld ist an sich ein zufälliger, auf besonderer Vereinbarung beruhender Bestandtheil des Verwahrungsvertrages, depositum, welcher dadurch mehr oder weniger (?) in Sach- und Dienstmiethe übergeht", und C. F. Koch Not. 11 zu A. L.R. I 11 § 348 „wie ein Depositarius".

[39]) Vgl. unten bei Not. 52 ff. u. § 431.

[40]) Das kommt z. B. in Holland vor. Hecht p. 41 u. 61.

[41]) So Dernburg § 211 Not. 4. Uebrigens hat auch das Privatlagerhaus oft ein Pfandrecht an den eingelagerten Waaren, vgl. unten Not. 136 a.

[42]) Lyon-Caen 738, Vidari 2379 bis 2380, (Neapel), Hecht p. 75.

[43]) Z. B. Bremen (BetriebsO. § 3). Hamburg § 3. Ueber Frankreich vgl. Hecht p. 69, Bayerdörffer p. 25 ff.

[44]) Ungarn § 443, Uruguay 14, Argentina 124 Z. 5, Hecht p. 17 u. 20.

[45]) In England darf der Einleger z. B. auch Gewebe färben, drucken, bleichen lassen, Wein auf Flaschen ziehen (Roscher Not. 11, Hecht p. 17 ff.); über Holland vgl. Hecht p. 36 ff., 44 u. 59. über Italien Vidari 2348 ff. (Dekret v. 1. Aug. 1875).

[46]) Roscher a. a. O. Oesterreich. G. § 6 Z. 6. — Das Vereinszollgesetz § 101 gestattet die Umpackung nur unter Aufsicht der Beamten und nur behufs Theilung,

Widerspruch erhebt.[47]) Der Einleger kann sich bei jenen Arbeiten im Zweifel seiner eigenen Leute und Geräthschaften bedienen.[48])

Zur Eröffnung der verpackt eingelagerten Güter ist das Lagerhaus ohne besonderen Vorbehalt nicht befugt.[49])

c. Für custodia einzustehen.[50]) Die Haftung ist partikularrechtlich oder vertragsmässig oft bis an die Grenze der vis major ausgedehnt.[51]) Hat das Lagerhaus Kaufmannseigenschaft, so haftet dasselbe für die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns.

10. Das Lagerhaus kann durch Statut, Privileg, Gesetz oder durch Vorvertrag zur Vornahme aller oder einzelner Handlungen, die mit der Einlegung,

---

Sortirung, Reinigung, Erhaltung und sonstiger mit dem Zweck der Niederlage zu vereinbarender Behandlung. — Volle Freiheit der Bearbeitung in den holländischen Entrepôts (Hecht p. 37 ff.) und in den punti franchi (Vidari 2449).

[47]) Vidari 2386.

[48]) So z. B. in Rotterdam (Hecht p. 59). In Hamburg (§ 5) nur mit Zustimmung des Lagerhauses.

[49]) Bremer BetriebsO. § 1a. l. 3. „Die Direktion ist zu der Oeffnung eines Kollos behufs Untersuchung des Inhalts jederzeit befugt, wenn sie Grund zu der Annahme zu haben glaubt, dass der Inhalt in dem Anmeldeschein nicht richtig angegeben sei." Ebenso Hamburg § 4. Vgl. § 430 Not. 53 ff.

[50]) Ueber die Haftung des horrearius in Rom vgl. Goldschmidt III. p. 107 ff.

[51]) Bremer BetriebsO. § 14, Hamburg § 9, Ungar. H.G.B. § 437, in fast wörtlichem Anschluss an H.G.B. 395. (Der Anspruch cessirt in Bremen bei unrichtiger Deklaration, bei Unterlassung rechtzeitiger Erhebung des Entschädigungsanspruchs, bei Annahme der Waaren und Zahlung der Lagermiethe, analog H.G.B. 408; in Hamburg cessirt er stets bei Feuerschaden, sollte er auch durch die Schuld der Angestellten des Lagerhauses entstanden sein). Munzingerscher Entw. § 458, Motive p. 443 „so streng, wie der Frachtführer." Ital. Ges. v. 3. Juli 1871 Art. 8, aller Schaden, welcher nicht durch die Beschaffenheit der Waare oder durch höhere Gewalt eintrat. (Zeitschr. f. H.R. 18 p. 103, vgl. auch Vidari 2383 u. 2333). Lyon-Caen 739 „c'est au concessionaire du magasin général à prouver, pour être déchargé, le cas fortuit qu'il allègue." — Auch das Reglement für das holländ. Rijks Entrepôt v. 1828 dehnt die Haftung, die ursprünglich nur bei nachweisbarer Schuld der Beamten bestand, auf jeden Schaden aus, ausgenommen den durch Brand, Einbruch oder andere ausserhalb ihres Bereiches liegende Ursachen entstandenen; ähnlich Regl. des Westelijk Entrepôt v. 1875 u. in Rotterdam (Hecht p. 46 ff., 52 u. 61). Argent. 124 Z. 4, 127 u. 128 verpflichtet, die Waare gut geschützt aufzubewahren und zu sorgen, dass sie nicht verderbe, auch die Irrthümer und Unterlassungen der Angestellten zu vertreten und für Entwendung, ausgenommen den Fall höherer Gewalt, zu haften. Basel V. § 7, Lagerh.Ordnung v. 26. Febr. 1862.

Nach dem deutschen Vereinszollges. § 102 haftet dagegen die Verwaltung nur für diejenigen Beschädigungen, welche aus einer ihr zur Last fallenden Unterlassung oder Vernachlässigung der Fürsorge „für die wirthschaftliche Erhaltung der Niederlageräume in Dach und Fach, für sicheren Verschluss derselben, für Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung unter den in der Niederlage beschäftigten Personen, sowie für Abwendung von Feuersgefahr im Inneren der Gebäude und dem dazu gehörigen umschlossenen Raum" entstehen; diese Haftung beginnt überdies nicht von der Einlagerung an, sondern erst von der Ertheilung der amtlichen Niederlagebescheinigung. (Vgl. oben § 430 Not. 33a.)

Für eine strenge, nach Analogie der Haftpflicht des Frachtführers zu bestimmende Haftpflicht der Lagerhäuser de lege ferenda auch die Zittauer Handelskammer (Hecht p. 164). — Vgl. übrigens auch unten Not. 53a.

Aufbewahrung und Beförderung von Gütern verbunden sind, verpflichtet sein,[52]) so zur Vornahme der Verladung, Verzollung, Verpackung, Verarbeitung; auch der Transport, der Verkauf[53]) und die Versicherung[53a]) der eingelegten Waaren, sowie die Gewährung von Vorschüssen[54]) auf dieselben kann zum Geschäftskreis der Lagerhäuser gehören. Es kommen bezüglich der Vornahme jener Geschäfte die Regeln vom Mandat resp. Kommissionsgeschäft zur Anwendung.[55]) Die Vornahme gewisser Geschäfte ist partikularrechtlich den Lagerhäusern untersagt.[56])

11. Das Lagerhaus ist in der Regel[57]) verpflichtet, dem Einleger oder seinem Rechtsnachfolger[57a]) auf Verlangen anstatt einer schlichten Empfangsbescheinigung[57b]) eine **Skripturobligation** über die eingelagerten Güter zu er-

---

[52]) Lyon-Caen 737, Vidari 2381. Bezüglich Hollands vgl. Hecht p. 42 (Behandlung der Waaren nach Kaufmannsstyl). 53, 59, 61 u. passim, Statut der Mannheimer Lagerh.Ges. § 2. Bremer BetriebsOrdn. § 1 u. 14. Die Bremer Lagerh. Ges. ist sogar ohne besonderen Auftrag zur Vornahme von Arbeiten für Rechnung des Einlegers befugt, wenn dieselben zur Erhaltung oder Besserung von Waaren oder Verpackung dienen. — Vgl. auch Not. 42.

[53]) Statut der Bremer Lagerh.Ges. § 2 Z. 6 auch § 16. Vgl. auch Hecht p. 76. Konzession der magas. gén. zu öffentlichen Verkäufen.)

[53a]) Bremer Warr.Ordn. § 3 „Für alle Waaren, über die Warrants ausgegeben werden, besorgt die Lagerh.Ges. die Versicherung gegen Feuersgefahr“ (mindestens in Höhe der Warrantsumme), sowie BetriebsO. §§ 1, 10 u. 11 (Nichthaftung für die Insolvenz der Versicherungsgesellschaft; Vertheilung des aus jener Insolvenz erwachsenen Verlustes über sämmtliche bei dem Schaden betheiligte Einleger). — Die Leipziger Lagerhofsverwaltung hat nach §§ 21 u. 22 der Lagerh.O. im Fall des Brandes Gewähr zu leisten (R.O.H.G. 25 p. 354). — Das österr. Ges. § 9 gestattet dem Lagerhaus die Versicherung nur dann selbst zu übernehmen, wenn es dieselbe rückversichert. — Ueber Italien vgl. Vidari 2383 a. E. u. 2334. Thatsächliches bei Hecht p. 44, 51, 54, 56, 60, 76, 87. Vgl. auch § 431 Not. 16 u. 17 u. unten Not. 92.

[54]) Bremer Statut § 2 Z. 7. Ung. § 436. Vidari 2396, 2404—2408, Lyon-Caen 737, Hecht p. 21, 97, 123, 136 u. 159.

[55]) § 431 Not. 4 ff.

[56]) So war die Gewährung von Vorschüssen den Lagerhäusern in Frankreich bis zum Ges. v. 31. Aug. 1870 verboten. Alle Handelsgeschäfte, die mit der Geschäftsgebahrung der Lagerhäuser in irgend einer Verbindung stehen, verbietet das österr. Ges. § 9. Für das Verbot eines jeden Handelsbetriebs de lege ferenda Sachs, Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 427.

[57]) Ungarn § 439. Bremen BetriebsO. § 2. Uruguay Art. 1 u. 6 (sofern die Waarenmenge mindestens 1000 Pesos werth ist). In Solothurn ist der Minimalbetrag des Warrant auf 500 Francs fixirt. Hecht p. 123. In Hamburg nur, sofern keine besonderen Bedenken vorliegen (Landgraf p. 29). In England cessirt die Pflicht, wenn die Waare arrestirt und Kaution nicht bestellt ist, auch bei mangelnder Berichtigung von Spesen und Lagergeldern (Hecht p. 13). In Amsterdam werden die Inhaber-Cedullen erst nach Zahlung der Lagergelder und etwaiger Vorschüsse ausgehändigt (ebendas. p. 43).

[57a]) Z. B. in England dem Käufer der Waare gegen Vorlegung der vom Einleger unterzeichneten und an des Käufers Ordre gestellten delivery order. Hecht p. 11.

[57b]) In Argentina 124 Z. 3 scheint nur ein einfacher Empfangsschein ausgestellt zu werden. Ueber den Dispositionsschein des Vereinszollges. vgl. oben Nr. 23, über England vgl. Hecht p. 11 u. unten Not. 58.

theilen. Hierbei hat das Lagerhaus entweder nur eine Urkunde (sog. Einscheinsystem) oder deren zwei auszustellen (sog. Zweischeinsystem).

Das Einscheinsystem herrscht in England,[58]) — doch werden auch dort über gewisse mit längerer Abnahmefrist (sog. Prompt)[59]) verkaufte eingelagerte Waaren zwei Scheine ausgestellt,[60]) — ferner in Holland,[61]) Oesterreich,[62]) Genf,[63]) Spanien,[64]) Uruguay,[65]) sowie in Mannheim und Hamburg.[66]) Dies Lagerpapier heisst vorzugsweise warrant,[67]) auch store receipt[68]) oder

[58]) Ursprünglich, d. h. im Geschäftsbetrieb der Ostindischen Kompagnie etwa seit 1737, empfing derjenige, der in der Auktion die in den Niederlagen der Kompagnie lagernden Waaren von der Kompagnie kaufte, zwei Urkunden, nämlich warrant und weight-note. Letztere war aber lediglich dazu bestimmt, den Käufer in den Stand zu setzen, an der Kasse der Kompagnie den Restkaufpreis zu zahlen, während der warrant behufs Auslieferung der Waaren präsentirt wurde. (Hecht p. 3). — Gegenwärtig erhält der Einleger ausser der Verwiegungsbescheinigung (landing weights) auf Wunsch einen (einfachen?) Schein über den Empfang der Waaren (a. a. O. p. 11) oder aber einen (indossabeln) warrant, gegen dessen Aushändigung die Güter dem skripturmässig Berechtigten restituirt werden (a. a. O. p. 14 u. 21). Ueber den sog. Prime warrant vgl. Not. 71.

[59]) Der Name soll von der raschen Justiz gegen den säumigen Käufer der mit Prompt verkauften Waaren herrühren. Munzinger p. 424. Die Abnahmefrist beträgt 1—6 Monate. Hecht p. 15 ff.

[60]) Der Käufer der mit Prompt verkauften Waare erhält gegen die übliche Anzahlung (sog. deposit) die eine Urkunde (weight-note), der Verkäufer die andere (den warrant). Während des Prompts gewähren nur beide Urkunden zusammen das Verfügungsrecht über die Waare. Der Käufer als Inhaber der weight-note ist Eigenthümer der lagernden Waare unter der Resolutionsbedingung der Zahlung der Restsumme innerhalb des Prompts; durch Zahlung derselben innerhalb jener Frist kann er den warrant und damit das unbeschränkte Eigenthum an der Waare erwerben; der Verkäufer als Inhaber des warrant hat alle Rechte eines Faustpfandgläubigers, die das Lagerhaus für ihn wahrnimmt. Nach Ablauf des Prompts hat der unbefriedigte Verkäufer das Recht des öffentlichen Verkäufers für Rechnung des säumigen Käufers; die weight-note verliert jede Bedeutung, der warrant allein genügt, um die Waare zu erhalten. Hecht p. 15 ff. Vgl. auch unten Not. 71.

[61]) Kist II p. 538 ff., Hecht § 17 p. 64 ff.

[62]) Der erste österr. Entw. beruhte auf dem Zweischeinsystem. Neumann-Spallart p. 618.

[63]) Hecht p. 124, Munzinger p. 428 ff., Vidari 2394. Er dient nur zu Pfandzwecken.

[64]) Hecht p. 139.

[65]) Vgl. Not. 20m.

[66]) Landgraf p. 33, Hecht p. 153, Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 71 § 3.

[67]) So in Spanien, England, Oesterreich, Genf. — Sprachlich bedeutet das Verb to warrant so viel als to stop, to hold, to repel, to guard resisting danger, also sichern, dann autorisiren; das Substantiv the warrant bedeutet sonach jede Urkunde, die Jemanden mit einer Befugniss ausstattet und so gegen Verlust oder Schaden sichert. So Hecht p. 12. — Der Lagerhaus-Warrant (im Gegensatz zu anderen warrants) wird auch warrant for goods, dock warrant, warehouse warrant genannt. Hecht a. a. O., Goldschmidt Not. 49.

[68]) Namentlich in Amerika. (Hecht p. 34, Daniel II p. 648). Auch warehouse keepers' receipts, storehouse receipts oder receipts schlechtweg.

Certificat,[69]) in Holland ontvangcedul oder bewijs van opslag.[70]) Es dient hauptsächlich dem Waarenumsatz, insofern durch Uebergabe des (indossirten) Warrants der Vertrag über den Verkauf der Waare erfüllt wird; er kann aber auch der Verpfändung dienen.[71])

Das Zweischeinsystem gilt in Ungarn, Italien, Basel, Solothurn,[72]) Bremen, Frankreich und Belgien; die beiden letztgenannten Staaten sind vom Einschein- zum Zweischeinsystem übergegangen.[73]) Bei diesem System soll die eine Urkunde, der **Lagerschein,**[74]) (franz. récépissé, ital. fede di deposito, auch cédule,[75]) seltener Warrant genannt)[76]) dem Waarenumsatz, die zweite Urkunde, der **Lagerpfandschein,**[77]) (meist warrant,[78]) auch bulletin de gage,[79]) ital. nota di pegno genannt) der Verpfändung dienen. Beide Urkunden hängen in der Regel körperlich zusammen, doch so, dass sie getrennt werden können.[80])

Die Ausstellung der Urkunden ist in den Lagerbüchern, bezüglich deren Führung vielfach gesetzliche Vorschriften erlassen sind,[81]) einzutragen. Zuweilen

---

[69]) So in Uruguay; auch wohl in England. Goldschmidt Not. 49 führt als Bezeichnung u. a. auch das Wort cheque an.

[70]) Hecht p. 52, 65 ff. Die bewijs van opslag sind indossable Namenpapiere, die ontvangcedullen oder ceëlen sind Inhaberpapiere; doch scheint es nach p. 66 auch bewijs van opslag aan toonder (Inhaber) zu geben. Nur den Inhaberpapieren schreibt Hecht a. a. O. den Karakter der Skripturobligation zu, doch dürfte auch dem indossablen bewijs jene Eigenschaft wohl nicht abzusprechen sein, da er ja nach p. 66 die Berechtigung für den Deponenten oder den legitimirten Rechtsnachfolger enthält, gegen Entrichtung der Gebühren und Auslagen die Auslieferung zu verlangen.

[71]) Das ist in Genf (vgl. Not. 63) sogar stets der Fall, kommt aber auch anderwärts nicht allzu selten vor; vgl. z. B. über Holland Hecht p. 64 (Beleihungen der ontvangcedullen durch Bankiers und zahlreiche Kapitalisten). Soll in England der Warrant der Verpfändung dienen, so lässt sich der Einleger (seit Mitte der 40er Jahre) statt der sonst üblichen einen sog. Prime Warrant ausstellen (Hecht p. 17 u. 20 ff.) — Dass bei Ausstellung einer weight-note der Besitz des warrant die Rechte eines Pfandgläubigers giebt, vgl. oben Not. 60; freilich ist die pfandrechtlich gesicherte Forderung keine Darlehnsforderung, sondern eine Kaufgelderrestforderung; immerhin dient aber doch auch in diesem Falle der warrant, was Hecht unterschätzt, dem Waarenkredit.

[72]) Hecht p. 114 ff., 121, 124; auch im St. Gallener Entw. Das eidgen. ObligR. 212 Abs. 2 lässt anscheinend beide Systeme zu.

[73]) Ueber die vielerörterte Frage, welches System empfehlenswerther, vgl. besonders Heine p. 594 ff., 610, Hecht p. 65, Neumann-Spallart p. 617, Vidari 2392—2394.

[74]) Gegen die Bezeichnung „Lagereigenthumsschein" mit guten Gründen Hecht p. 171 Not. 1. Vgl. unten Not. 101. Andere Bezeichnungen: Empfangschein (St. Gall. Entw., Hecht p. 117), Waarenschein (Ungarn § 439), Waarenquittung (Thilo p. 36).

[75]) Belgien, auch Ungarn a. a. O.

[76]) Z. B. bei der bayrischen Handelsbank. Hecht p. 159.

[77]) „Pfandschein" genannt in Basel, Solothurn, dem Schweizer Oblig.R. 212, Ung. § 439.

[78]) So in Frankreich, Belgien, Bremen § 3, Ung. § 439, Schweiz 212.

[79]) Lyon-Caen 713.

[80]) Basel V. § 1. Vgl. dazu Munzinger p. 437.

[81]) Z. B. österr. Ges. § 11. Vgl. Anschütz u. v. Völderndorff III p. 135, de lege ferenda Hecht p. 178.

ist die empfehlenswerthe Einrichtung getroffen, dass die Lagerpapiere einen leicht abzutrennenden Theil der Folien des Lagerbuches bilden.[82])

Die Lagerpapiere sind bei beiden Systemen meist Ordre-, zuweilen Inhaberpapiere.[83]) Sie sind in der Regel an Ordre des Einlegers, seltener an Ordre eines Dritten gestellt; der Lagerpfandschein kann auch an Ordre der Lagerhausverwaltung lauten.[84])

Die Lagerpapiere werden über die ganze deponirte Menge oder auch wohl über einzelne Theile derselben ausgestellt; auch ist die Zerlegung, d. h. der Umtausch des über ein grösseres Quantum lautenden Lagerpapiers in eine Anzahl von Papieren über kleinere Quantitäten meist statthaft.[85])

Jedes Lagerpapier, auch der getrennte Pfandschein, enthält wesentlich[86]) den Namen des Einlegers, die Bezeichnung der eingelegten Sache und die Unterschrift oder doch die Angabe des Lagerhauses.[87]) Daneben fordern einzelne Gesetze noch die Angabe des Werths,[88]) der Quantität und Qualität,[89]) sowie der Merkzeichen[90]) der Sache, das Ausstellungsdatum,[91]) Angabe der Versicherung,[92]) des Spesenbetrags,[93]) des Destinatärs,[94]) der Nummer des Lagerbuchs[95]) oder die Selbstbezeichnung als Lagerpapier.[96])

---

[82]) Ung. § 439 („Juxtentheil des fortlaufend geführten Lagerbuchs zu bilden"), Basel V. § 1 „Lagerschein mit anhängenden Warrants, wovon die Talons im Stammregister des Lagerhauses verbleiben", Belg. Art. 2 (registre à souche), Uruguay Art. 4, österr. Ges. § 10, ital. Ges. v. 3. Juli 1871 Art. 10. Vidari 2397 Not. 1.

[83]) Inhaberpapiere z. B. in Leipzig, Petroleumlagerhof Berlin (Hecht p. 168 ff.), vielfach in Holland (ursprünglich auch dort nur an Ordre, auch jetzt noch zum Theil auf Namen; in Rotterdam sind Inhaber-Ceêlen unstatthaft, wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt ist. Vgl. Hecht p. 55, 61), seltener in England, nur projektirt in Hamburg (a. a. O. p. 147 Not. 2), verboten in Italien (Vidari 2399). Für Zulassung der Inhaberscheine de lege ferenda Hecht p. 176.

[84]) Vidari 2396.

[85]) Bremer Warr.O. § 5, Basel V. § 3, österr. Ges. § 14, Ital. Cod. d. c. 464, Vidari 2415 ff., London, Amsterdam, Solothurn, vgl. Hecht p. 18, 44, 119, Uruguay Art. 8. Goldschmidt Not. 41. In Hamburg findet bei Verfügung über einen Theil Abschreibung des Quantums auf dem Schein statt. Hecht p. 154. Reglement § 9.

[86]) Vgl. Munzinger p. 437, 438.

[87]) Frankr. Ges. Art. 1, Ital. 461 (Vidari 2397), Ungarn § 440, Bremen Ges. § 2 u. Warr.O. § 1, österr. Ges. § 10, Basel Ges. § 3, belg. Ges. 3 § 3 u. § 5.

[88]) Früher in Frankreich obligatorisch, jetzt nur noch fakultativ. Lyon-Caen 714 Not. 1. Uruguay 5. Gegen die kostspielige und zeitraubende Abschätzung Munzinger p. 426.

[89]) Basel G. § 3, Belg. 3 § 5, Ital. 461 Z. 3, Oesterr. 10, Uruguay 3 u. 5. Das Bremer Lagerhaus (BetriebsO. § 14) ist befugt, nicht verpflichtet, sichtbare Mängel im Lagerschein anzugeben. Ueber Hamburg (§ 7) vgl. Hecht p. 154.

[90]) Bremen § 3, Frankr. Art. 1, Oesterr. 10, Basel § 3, Belg. 3 § 4. Dagegen Munzinger p. 438.

[91]) Bremen §§ 2 u. 3, Basel § 3, Belg. 3 § 3, Ungarn 440 Z. 5. Dagegen fordert Oesterreich § 10 den Tag des Erlages. Gegen den Datirungszwang Munzinger a. a. O.

[92]) Oesterr. § 10, Ital. 461 Z. 4, Belg. Art. 3 § 5, Leipziger Lagerhofschein (R.O.H.G. XXV p. 352). Ueber Hamburg vgl. Hecht p. 154. Vgl. auch Gold-

Für die Richtigkeit der Angaben in den Lagerpapieren haftet in der Regel das Lagerhaus.[97])

Die Lagerpapiere werden durch Indossament,[98]) bei Stellung auf den Inhaber durch blosse Tradition übertragen. Das Indossament ist nicht selten in blanco statthaft.[99]) Bei dem Einscheinsystem überträgt das Indossament resp. die Tradition entweder Verfügungsbefugniss (nicht gerade Eigenthum) oder Pfandrecht; in letzterem Falle pflegt noch eine besondere Urkunde über die Beleihung aufgenommen zu werden.[100]) Bei dem Zweischeinsystem erwirbt der Empfänger beider (indossirter) Scheine die volle Verfügungsbefugniss (nicht gerade Eigenthum),[101]) der Empfänger des blossen (indossirten) Lagerpfandscheins ein Pfandrecht, der Empfänger des blossen (indossirten) Lagerscheins ein durch Pfandrecht beschränktes Verfügungsrecht über die lagernden Güter.[102])

Da das erste Indossament des getrennten Lagerpfandscheins nicht sowohl bestehende Rechte übertragen, als vielmehr ein Pfandrecht zu Gunsten einer erst nach Ausstellung des Scheins entstandenen Darlehnsforderung begründen soll,[103]) so ist für dies erste Giro zumeist[104]) die Abgabe in blanco ausge-

schmidt Not. 54 u. de lege ferenda Landgraf p. 33, Gareis a. a. O. p. 309 u. Hecht p. 163 (Handelskammer Plauen). Vgl. oben Not. 53ª).

[93]) Ital. 461 Z. 5. Englische Formulare bei Hecht p. 189 ff.

[94]) Belg. Art. 3 § 3, vgl. auch die Formulare bei Hecht p. 196, 198, 201, 203.

[95]) Bremer Warr.O. § 2, Ungarn 440 Z. 2, Basel § 3.

[96]) Belg. 3 § 1 „Le warrant porte en tête le mot warrant, la cédule le mot cédule."

[97]) Lyon-Caen 740. Ueber Hamburg (§ 7) (Haftung für die Gattung der Güter nur nach vorgenommener Prüfung, deren Vornahme indess im Belieben des Lagerhauses), vgl. Hecht p. 154. De lege ferenda vgl. die Kölner Handelskammer 1872 bei Hecht p. 163 Not. 2 u. Letzterer selbst p. 178.

[98]) Lyon-Caen 714, Vidari 2399, Span. Art. 1, Ung. § 441. Hamburg (Hecht p. 154), Uruguay Art. 9. Der englische warrant ist unbestritten indossabel, auch Seitens des Vorschussgebers; Letzteres geschieht indess selten; nur selten werden auch die (während des Prompt rechtlich indossablen) weight-notes, die amerik. store receipts und die Solothurnschen Pfandscheine indossirt; das Indossament der holländ. bewijs van opslag hat nur die Bedeutung einer Vollmacht. Vgl. Hecht p. 20, 22, 35, 62 u. 123.

[99]) Belg. Art. 5 § 2. Hecht p. 105, 118, 120 ff. u. passim. Munzinger p. 439. Eine Ausnahme macht das erste Pfandindossament vgl. unten Not. 104.

[100]) So in England (letter of hypothecation), Amerika, Holland (bei Inhabercedullen). Nach österr. Ges. § 12 ist entweder ausdrücklicher Pfandvermerk im Indossament oder Uebergabe des indossirten Lagerscheins ausreichend; in Uruguay Art. 10—12 reicht die letztere Alternative nicht aus, vielmehr muss ins Zollregister eingetragen und im Indossament angegeben werden, ob behufs Verpfändung oder Eigenthumsübertragung indossirt ist.

[101]) Inkorrekt ital. H.G.B. Vgl. oben Not. 74.

[102]) Bremer Ges. § 4, Ung. § 441, franz. Ges. Art. 5, Basel § 5, Ital. 457, Mannh. Entw. § 4, Lyon-Caen 713 ff., 719. Vidari 2401. Die Uebergabe der nicht indossirten beiden Scheine überträgt dem Empfänger nach Urtheil des franz. Kassationshofes weder Verfügungsbefugniss, noch Pfandrecht. Zeitschr. f. H.R. XXVI p. 277 (Dreyer).

[103]) Vgl. Gareis p. 306 ff.

[104]) Blankogiro gestattet Belgien Art. 5 § 2 unter Schaffung einer anderen Kautel in Art. 6 (vgl. Not. 108) u. Italien 467. Vgl. Frz. Mittermaier (Zeitschr. XVIII p. 92 u. 104 u. XXIX p. 170 Not. 1).

schlossen, in der Regel vielmehr noch die Angabe der Darlehenssumme,[105]) des Darlehnsgebers, der Verfallzeit[106]) und des Datums[107]) gesetzlich erfordert. Zur Vermeidung von Benachtheiligungen des Erwerbers des isolirten Lagerscheins ist weiter in der Regel die Eintragung der nämlichen Angaben in die Lagerbücher und meist auch ein Vermerk der erfolgten Eintragung auf beiden Scheinen vorgeschrieben.[108]) Das Lagerhaus haftet für den Schaden, der aus Unterlassung dieser ihm obligenden Eintragungen entspringt.[109]) Die Pfandscheinindossanten haften nach vielen,[110]) aber keineswegs allen[111]) Rechten wechselmässig für die Sufficienz des Werthes der deponirten Sachen zur Befriedigung der Pfandgläubiger.[112]) Voraussetzung dieses vielfach angefochtenen[113]) Regresses

---

[105]) Nebst Zinsen Frankr. Art. 5, Ital. 465. Fehlt die Angabe der Vorschusssumme, so gilt nach Ital. Art. 468 u. Belg. Art. 7 der ganze Werth der deponirten Sachen für verpfändet.

[106]) Bremen Ges. § 3, Ung. § 442, Basel § 4, franz. Ges. Art. 5, Ital. 460. Bayr. Entw. Art. 3. Mannh. Entw. § 3. Gegen das Erforderniss der Angabe des Darlehnsgebers polemisirt Vidari 2402. — Ueber die Angabe der Fälligkeitszeit vgl. den belgischen Kommiss. Bericht bei Hecht p. 106 ff.

[107]) Franz. Ges. Art. 5, Ital. 465. Für alle Indossamente erfordert Datirung Basel § 4. Das franz. Ges. Art. 5 erfordert für alle Indossamente beider Scheine Datirung; Summe, Verfallzeit und Gläubigerangabe für alle Indossamente des Pfandscheins. Das belgische Ges. Art. 10 § 3 legt allen Pfandschein-Indossataren die Pflicht auf, den ersten Aussteller von der Uebertragung zu benachrichtigen.

[108]) Vgl. Bremer Warr.O. § 6, Oesterr. § 12 a. E., Ungarn § 442, Frankr. Art. 5, Basel § 4. Lyon-Caen 721, Gareis p. 308, Goldschmidt bei Not. 55, Munzinger p. 440, Hecht p. 81. — Der ital. Cod. de c. Art. 466 forderte Eintragung des ersten Giro's nebst Unterschrift des Indossanten in den Registern des Lagerhauses; bei Verschiedenheit der Angaben auf Lagerschein und Pfandschein soll die im Lagerbuch eingetragene Angabe entscheiden. Den ganzen Eintragungszwang bekämpft als kreditgefährdend Vidari 2403; die bezügliche Vorschrift des Cod. de c. 466 ist denn auch im neuen ital. Gesetz vom 2. April 1882 weggeblieben (Sarraute p. 537 Not. 3, Frz. Mittermaier in Zeitschr. XXIX p. 170 u. 521). — Nach der Basler V. § 6 ist die Lagerhausverwaltung gehalten, nicht nur von dem ersten Indossament, sondern auf Verlangen der Indossatare auch von den übrigen Indossamenten im Stammregister Vormerkung zu nehmen. — In Belgien (vgl. Not. 104) ist bei gesonderter Uebertragung beider Scheine auf jedem derselben die Pfandforderung nebst Verfalltag anzugeben, und diese Angabe vom Inhaber des anderen Scheins zu unterschreiben.

[109]) Vgl. auch Landgraf p. 34.

[110]) So: Bremer Ges. § 9 u. 10, franz. Ges. Art. 9, belg. Ges. Art. 19, Ung. § 448, Ital. Art. 458, Basel G. § 10, Solothurn, Genf (das schweizer Oblig.R. 845 behält die Frage der Kantonalgesetzgebung vor); auch die Entwürfe von Munzinger (Motive p. 439), Bayern u. Mannheim §§ 9—13. Vgl. auch Hecht p. 87 ff., Lyon-Caen 729, 730.

[111]) Kein Regress in Holland, England, Oesterreich, Spanien, Amerika. Hecht p. 21, 35. In Schottland wird der Eisenwarrant gewöhnlich in blanco without recours girirt. Hecht p. 30.

[112]) Gareis p. 310. Kohler, Krit. V.J. Sch. N. F. II p. 505.

[113]) Hauptgegner: Hecht p. 164, 173 ff. u. passim, auch die Zittauer Handelskammer, auch Bayerdörffer a. a. O.; Vertheidiger: Munzinger, Gareis, Landgraf p. 40, Neumann-Spallart, Vidari 2434.

ist in der Regel Protestlevirung[114]) nach Verfall der Pfandschuld, Verkauf der deponirten Waaren binnen bestimmter Frist[115]) und Wahrung der vorgeschriebenen Regressfristen;[116]) unabhängig von jenen Voraussetzungen steht dem Pfandscheininhaber aber zuweilen gegen den ersten Schuldner und gegen die späteren Indossanten des Lagerscheins das Klagerecht zu.[117])

12. Das Lagerhaus ist verpflichtet die deponirten Güter ganz oder theilweise[118]) **herauszugeben** und zwar, sofern kein eigentliches Lagerpapier ausgegeben worden, dem Einleger oder seinem Rechtsnachfolger oder Ermächtigten; die Ermächtigung kann durch einen bis zum Accept revocablen[119]) Auftrag (Auslieferungs-, Extraditionsschein) an das Lagerhaus, auch durch eine Empfangsanweisung (Stellzettel) an den Ermächtigten erfolgen.[120]) Sind dagegen Lagerpapiere ausgegeben, so ist das Lagerhaus dem skripturmässig legitimirten Präsentanten gegenüber zur Restitution verpflichtet. Wird bei dem Zweischeinsystem nur der Lagerschein präsentirt, so darf das Lagerhaus dem Präsentanten nur nach erfolgter **Deposition** der auf den Lagerpfandschein vorgeschossenen Summe nebst Zinsen und Kosten die deponirten Güter herausgeben;[121]) der

---

[114]) Bremer Ges. § 6, Warr.O. § 11, Ung. 446, Ital. Art. 472, Basel § 7. Hecht p. 85 ff., 92 ff., Vidari 2423 ff. Ueber die Protestfrist hat das franz. Ges. keine Bestimmung (vgl. auch Sauzeau bei Hecht p. 95). In Bremen sind die Vorschriften der A. D. W.O. über den Protest für anwendbar erklärt; auch in Italien u. Ungarn ist die wechselmässige Protestfrist maassgebend.

[115]) 15 Tage: Ital. Art. 475 (doch bleibt fünf Jahre das Recht gegen den ersten Darlehnsschuldner), 30 Tage: Frankreich Art. 9, Bremen § 9, Ungarn § 448.

[116]) Bremen § 9: 3 Monate vom Verkaufstage, resp. vom Tage der Zahlung der Regresssumme oder der Klagebehändigung an. Ungarn § 448 u. Frankr. Ges. Art. 9: Wechselregressfristen vom Tage des vollendeten Verkaufs. Ital.: fünf Jahre.

[117]) Ital. 475. Frz. Mittermaier in Zeitschr. XXIX p. 171. Vidari 2438 ff.

[118]) Goldschmidt Not. 41 „in beliebigen Loosen". Auch die durch Lagerpfandschein verpfändete Waare kann nach dem neuen ital. Ges. v. 2. April 1882 Satz 21 (Sarraute p. 538) der Inhaber des Lagerscheins theilweise herausverlangen gegen Deposition theilweiser Sicherheit. Vidari 2418. — Nach dem H.G.B. von Argent. Art. 125 droht dem säumigen Lagerverwalter Gefängnissstrafe.

[119]) Goldschmidt Not. 11 u. 13: revocabel, soweit kein constitutum possessorium oder Accept vorliegt. Ueber England (Accept der delivery order bindet; bis zum Accept revocabel) vgl. Leone Levi p. 504. Ueber die holländ. orders van levering, bes. über lagerndes Oel und Getreide (molen-briefjes, volgbriefjes) vgl. Kist 546, 547, Hecht p. 66, 67; Letzterer hebt hervor, dass sie trotz eines schriftlichen „fiat" widerruflich bleiben; „fiat" dürfte aber als wirkliches Accept nicht anzuerkennen sein. — Sind die Waaren fungibel, und ist das Lagerhaus an sich Kaufmann, so ist das Accept auch nach deutschem H.G.B. Art. 301 bindend.

[120]) Goldschmidt Not. 5 u. 6. Gareis im R.Lex. III p. 1240. — Auch begegnet nicht selten die Umschreibung von einem Inhaber auf den anderen in den Lagerbüchern auf Antrag beider unter Ausstellung einer nicht negotiabeln Uebertragungsbescheinigung. Vgl. Goldschmidt Not. 3 u. 49, Hecht p. 69 (Frankreich), (Bremer BetriebsO. § 6 a. l. 2).

[121]) Bremer Ges. § 12, BetriebsO. § 6, Warr.O. § 10, franz. Ges. Art. 6, Ungarn § 444, Basel § 6, Ital. 470, Mannh. Entw. § 5, Lyon-Caen 717 Not. 3, Vidari 2417 Das österr. Ges. gestattet dem Lagerscheininhaber die Herausnahme der Waare vor

deponirte Betrag ist für den skripturmässig legitimirten Inhaber des Lagerpfandscheins zu reserviren.[122])

Wird nur der Pfandschein ohne Lagerschein präsentirt,[123]) gleichzeitig aber durch Protest die Nichtzahlung der fälligen Pfandschuld nachgewiesen, so hat das Lagerhaus bei eigener Haftung[124]) die deponirten Güter zum **öffentlichen Verkauf** herauszugeben, zuweilen auch selbst öffentlich zu verkaufen.[125]) Extrahent des Verkaufs kann nicht nur der letzte Indossatar, sondern auch jeder frühere Indossant oder doch der erste Verpfänder nach Einlösung des Pfandscheins sein.[126]) Ueber den Verkauf hat das Lagerhaus dem Inhaber eines jeden von beiden Scheinen Rechnung zu legen.[127]) Von dem Verkaufserlös sind zunächst die Verkaufskosten, dann die Ansprüche des Lagerhauses wegen Lagerungs- und Erhaltungskosten abzuziehen; der verbleibende Betrag ist dem Inhaber des Pfandscheins bis zum Betrage der Pfandschuld nebst Zinsen und Protestkosten herauszuzahlen, der etwaige Ueberschuss dem Inhaber des Lagerscheins zu entrichten resp. für ihn zu deponiren.[128]) Nicht erhobene deponirte Beträge fallen höchst partikulär dem Lagerhause zu. Sind Lagerpapiere untergegangen, so ist die Restitution der deponirten Güter an den letzten Besitzer gegen Sicherheitsstellung nach öffentlichem Aufgebot (oder auch ohne das letztere) meist zugelassen.[129])

Fälligkeit der Pfandschuld trotz Deposition des Betrages der letzteren nicht; jene Befugniss gewährt ihm aber die Möglichkeit der Benützung einer günstigen Konjunktur (Gareis im CentralOrg. p. 309 Not. 1, Bayerdörffer p. 35), ohne doch dem Pfandgläubiger, der durch die Deposition gedeckt ist, zu schädigen.

[122]) Derselbe wird in der Regel unbekannt sein oder, wenn bekannt, die vorzeitige Annahme der Pfandschuld geweigert haben.

[123]) Beim Einscheinsystem auf Antrag des Inhabers des pfandweise begebenen Lagerscheins, vgl. z. B. österr. Ges. § 16. — In England hat bei warrants mit weight-note der Inhaber des Warrant nach Ablauf des Prompts das Recht des Verkaufs. Hecht p. 17.

[124]) Lyon-Caen 741, Landgraf p. 40.

[125]) Brem. Warr.O. § 13 „durch einen Beamten der Gesellschaft oder einen von ihr beauftragten Makler oder Ausmiener (?)" Basel, Verordn. § 11: unter Leitung der Lagerhausdirektion durch einen Amtmann des Civilgerichts. Frankreich Art. 7 „sans aucune formalité de justice". Spanien Art. 3: im Lagerhaus ohne richterliche Mitwirkung unter Zuziehung eines von der Regierung bestellten Maklers. Italien 471: ohne gerichtliche Formalität unter Assistenz eines öffentlich autorisirten Beamten oder eines Lagerhausbevollmächtigten. Vidari 2425 ff. Dagegen fordert Belg. Ges. Art. 13 Autorisation durch den Handelsgerichtspräsidenten. Vgl. noch Ungar. 447, Oesterr. § 16 (die Anstalt verpflichtet die Verkaufsvornahme zu gestatten und auf jede Weise zu erleichtern) und Genf G. v. 1872. Zuweilen sind die Interessenten von dem Verkauf vorher zu benachrichtigen. Lyon-Caen 724, 741.

[126]) Bremer Ges. § 8, Warr.O. § 12, Ung. § 447, Basel § 8, Ital. 471, vgl. Lyon-Caen 723, Munzinger p. 442.

[127]) Lyon-Caen 741.

[128]) Das durch den Pfandschein begründete Pfandrecht geht seinerseits dem durch Verpfändung des (mit Pfandvermerk versehenen) Lagerscheins etwa entstandenen Pfandrecht vor. Brem. Ges. § 4 a 1. 2. — Vgl. überhaupt Brem. Warr.O. § 14, Ital. 473, Vidari 2432, Basel § 9, Belg. Art. 17, Frankr. Art. 8, Span. 3, auch noch Vereinszollgesetz § 104.

[129]) So in England, Ung. § 452 Abs. 2. Ausstellung von Duplikaten ist häufig aus-

Sind die deponirten Güter untergegangen oder beschädigt, so tritt nach einer grossen Reihe von Gesetzen den Inhabern der Lagerpapiere gegenüber der geleistete oder zu leistende Schadensersatz, insbesondere die Brandversicherungssumme an Stelle der untergegangenen Sache.[130])

13. Die Restitution hat grundsätzlich und auch bei fungiblen Gütern in natura zu erfolgen, es müsste denn ausnahmsweise, wogegen die Vermuthung streitet, die Rückgabe eines gleichen Quantums von Gütern derselben Gattung und Güte zugelassen sein.[131]) Durch eine solche Abrede geht das Geschäft in ein irreguläres Depositum, Gefahr und Eigenthum[132]) auf das Lagerhaus über. Mit dieser Modifikation findet das Geschäft namentlich bei Roheisen resp. Getreide in Schottland resp. Nordamerika statt.[133])

14. Das Lagerhaus hat ein Recht

a. auf Bezahlung des verabredeten oder ortsüblichen Lagergeldes;

b. auf Bezahlung des verabredeten oder ortsüblichen Lohnes für die von ihm etwa geleisteten, verabredeten oder nothwendigen Arbeiten, bei Verkauf auch auf eine Verkaufsprovision;[134])

c. auf Ersatz der von ihm etwa gemachten Auslagen, insoweit dieselben nothwendig oder vom Einleger genehmigt sind, insbesondere der Versicherungsprämie und der Verkaufsspesen;

d. auf Ersatz des Schadens, den der Einleger dem Lagerhause und anderen dort deponirten Gütern insbesondere durch unrichtige Deklaration zugefügt hat.[135])

Bezüglich aller dieser oder doch der zu a. erwähnten Forderungen steht dem Lagerhause fast überall an der deponirten Sache, oft auch an allen an

---

geschlossen z. B. in England, Mannheimer Lagerh.Regl. § 5. Ueber Kraftloserklärung vgl. Bremer Ges. § 13, Mannheimer Lagerh.Regl. a. a. O., Leipziger Lagerh.O. § 29, Ungarn § 452, Basel Ges. § 12 u. Verordn. § 4, schweizer Obl.R. 844, österr. Ges. § 17, Belg. Art. 23 ff., Frankreich Art. 12, Ital. 476 (Vidari 2409 ff.); in der Regel, auch in Bremen sind die Vorschriften über Mortifikationen der Wechsel für anwendbar erklärt; das deutsche H.G.B. 305 überlässt diese Frage den Landesgesetzen; jetzt gilt § 837 der R.Civ.Proz.O.. — Vgl. überhaupt noch Hecht p. 18, 19, 49, 78, Goldschmidt Not. 40.

[130]) Bremer Ges. § 11, Warr.O. § 18, Ung. § 451, franz. Ges. Art. 10, Ital. 472, Basel G. 1859 § 11, Genf G. § 8, St. Gallen E. § 15, Belg. 19 § 2 u. 20, Mannh. E. § 17, vgl. auch Goldschmidt Not. 56, Landgraf p. 41, Vidari 2431, Lyon-Caen 727 Not. 3.

[131]) Hecht p. 77, 140 (Spanien), 157 (Mannheim: Identitätsprinzip).

[132]) Ueber und gegen die unhaltbare amerikanische Annahme, dass bei Erlaubniss der Vermischung mit anderen Waaren die Depositare Eigenthümer und zwar Miteigenthümer der vermischten Waaren sind, vgl. Sachs in Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 419, 420; erst mit der Erlaubniss, nach Belieben über die Waaren zu disponiren, gehen die Waaren als irreguläres Depositum in das Eigenthum des Lagerhauses über.

[133]) Sachs a. a. O. Hecht p. 9, 29 ff., 34 ff., 74; über ähnliche Bestrebungen in Deutschland Hecht p. 144 u. 159; über Frankreich ebendas. p. 99 Not. 3; über Riga Thilo p. 91, 94 ff., 132.

[134]) Details über die Berechnung und Zahlung von Lagergeld und Spesen z. B. in der Bremer Betriebs.O. §§ 17 u. 18.

[135]) Bremer Betr.O. § 6. Vgl. § 430 bei Not. 106.

deren Stelle tretenden Entschädigungsforderungen resp. hinterlegten Beträgen[136]) ein Retentionsrecht, sowie meist ein selbst im Konkurse des Einlegers oder Eigenthümers der deponirten Waare wirksames Pfandrecht zu.[136a])

15. Das Lagerhaus hat das Recht zum öffentlichen Verkauf der eingelegten Waaren in der Regel

a. mit Ablauf der vertragsmässigen oder gesetzlichen Lagerzeit;[137])

b. bei drohendem Verderb der Waare;[138])

c. falls die Bezahlung seiner Forderungen nicht rechtzeitig erfolgt.[139])

Dem Verkauf hat einmalige oder wiederholte Aufforderung des Empfangsberechtigten, wenn derselbe unbekannt, mittelst öffentlichen Aufgebots, voranzugehen. Mag der öffentliche Verkauf auf Veranlassung des Lagerhauses, des Einlegers oder eines Lagerpapiersinhabers erfolgen, so kann sich das Lagerhaus wegen seiner Forderungen aus dem Erlös an erster Stelle oder doch vor den Inhabern der Lagerpapiere befriedigen.[140])

---

136) Bremer Betr.O. § 19.

136a) Oesterr. § 16 (nach Bezahlung der Zölle, Gebühren, Lagerzinzen und Spesen). Span. Art. 3 (nach Abzug der Transport-, Lagerungs-, Besichtigungs- u. sonstigen Kosten) Basel § 9 (Abzug der Versteigerungskosten und statut. Lagerhausspesen). Belg. 17 (Abzug der Zölle und Accisen, Fracht-, Verkaufs- und Lagerungsgebühren, der für die Erhaltung der Waare vorgeschossenen Beträge). Bremer Ges. 5, Betr.O. § 19, Warr.O. § 12 u. § 14. (Von dem Verkaufserlös werden zuerst ausbezahlt die Verkaufskosten inkl. 1 % Verkaufsprovision der Lagerhausgesellschaft, sodann die Forderung „für Lagermiethe und die für die Erhaltung der Waare, Versicherung u. s. w. aufgewendeten Kosten von den im Warrant angegebenen Tage an"; demnächst der Warrantbetrag nebst Zinsen, hiernächst „die übrigen Forderungen der Gesellschaft für Unkosten u. s. w." und der Rest an den Inhaber des Lagerscheins). Hamb. §§ 9 u. 13. Ital. 473 (Zoll- und Accisegebühren, sowie die Spesen für Lagerung, Konservirung und für Bewahrung vor Verderb und Untergang (spese di deposito, costodia, conservazione e solvamento, Vidari 2432) gehen dem Recht des Pfandgläubigers vor). Frankreich, Ges. Art. 8 al. 1 (Zoll- und Steuer-, Magazin- und Konservationskosten. Lyon-Caen 726). — Argentina 130, 131 u. Ung. § 438 auch im Fall des Konkurses des Gütereigenthümers. — Ueber Holland (Restitution gegen Entrichtung der Gebühren und Auslagen) vgl. Hecht p. 43, 59, 66. Vgl. auch bayr. Entw. u. Mannheimer Entw. § 15, Landgraf p. 41. Vgl. noch oben Not. 41.

137) Ung. § 449 (bei unbestimmter Lagerzeit nach Jahresfrist. Zoll-Vereins.Ges. §§ 104 u. 105 (bei bekanntem Eigenthümer nach 5 Jahren, bei unbekanntem Eigenthümer nach 1 oder ½ Jahr, bei schnell verderblichen Waaren schon früher). Landgraf, Entw. § 16. Vgl. auch Hecht p. 23 Not. 1 (England) p. 45 ff., 51, 54 (Holland: 4, 5 resp. 2 Jahr) p. 217 (New-York Chap. 421: 1 Jahr) Lyon-Caen 741, Vidari 2387. Ueber Prolongation vgl. Hecht p. 44 ff., 67 u. passim.; über das die Prolongation der Pfandschuld ersetzende sog. renouvellement vgl. Hecht p. 84.

138) Bremer Betr.O. § 14 Abs. 3, Ungarn § 449.

139) Bremer Betr.O. § 19 Abs. 2. Leipziger Lagerh.O. § 31 (R.O.H.G. XXV p. 354. Nach § 16 des Mannheimer Entwurfs auch dann, wenn die Spesen ¾ des Werths der Waaren erreichen.

140) Vgl. Not. 128 u. 136 a.

§ 433.

c. Das Bankdepositengeschäft.

1. Unter Bankdepositengeschäft verstehen wir dasjenige Geschäft, bei welchem Summen behufs Aufbewahrung und genereller Restitution übergeben werden.[1]) Es wird auch als Depositengeschäft im technischen Sinne,[2]) minder korrekt als Deposit zur Benutzung,[3]) als irreguläres,[4]) als kaufmännisches[5]) Depositengeschäft oder gar als Depositum eines abstrakten Werths[6]) bezeichnet.

2. Wer dieses Geschäft als Empfänger gewerbsmässig betreibt, ist Banquier;[7]) auch die Sparkassen[8]) treiben demzufolge trotz ihres Karakters als Wohlthätigkeitsanstalten Banquiergeschäfte.[9])

3. Das Depositengeschäft ist verschiedener Modifikationen fähig.[10]) Der Empfänger kann die Gelder verzinslich oder unverzinslich erhalten; der Zinsfuss pflegt hinter dem landesüblichen zurückzubleiben.[11]) Die Gelder können

---

[1]) Etwas enger begrenzt Vidari 2354 das deposito bancario, insofern er Ausstellung eines Präsentationspapiers durch den Depositar in die Begriffsbestimmung aufnimmt. In einem viel weiteren Sinne (für alle Geld- und Effektendep., auch die regulären) scheint Gabriel im Generalregister zur Zeitschr. f. H.R. das Wort „Bankdepositengeschäft" zu gebrauchen.

[2]) Brinckmann § 124, Wagner in Schönbergs Handbuch I p. 327 u. Rechtslexikon s. v. Reichsbank. Vgl. noch A. G. Eisenach in Buschs Arch. 22 p. 465.

[3]) z. B. A. v. Hübner p. 58, Roscher § 61, 62 bei Not. 13, v. Hahn zu Art. 272 Z. 2. — Minder korrekt, denn auch reguläre Depositen können zum Gebrauch gegeben werden, vgl. oben § 430 bei Not. 60; eher geeignet wäre Deposit zum Verbrauch.

[4]) Dieser Name ist der herrschende; doch ist weder jedes dep. irreg. ein Bankdeposit, (man denke an Eisen- und Getreidedepositen der Lagerhäuser, oben § 432 Not. 133), noch ist jedes Bankdepos. ein dep. irreg. (vgl. unten bei Not. 32). Ueber den nicht quellenmässigen und mehrdeutigen Namen vgl. oben § 430 Not. 7. Schaffrath (1841) will ihn durch quasi depositum oder conventio exemplo depositi ersetzt wissen. Die Existenz resp. logische Berechtigung des Geschäfts leugnen Dedekind u. Jesnitzer. Vgl. Mühlhäuser p. 4 u. 10 ff. Gruchot XV p. 836 ff.

[5]) Vgl. Endemann in Zeitschr. f. H.R. IV p. 59, aber auch oben § 430 Not. 10—14.

[6]) So Dankwardt Heft 3 p. 38 ff.; auf diese Bezeichnung freilich „kamen die Römer nicht."

[7]) Vgl. oben § 430 Not. 15—16 a.

[8]) Edgar Löning in Schönbergs Handb. II p. 610 ff., wo reiche Literaturangaben; vgl. daselbst auch über die neueste Gesetzgebung (Frankr. Ges. v. 1822. 1835 u. v. 1881 (Postsparkassen), preuss. Regl. v. 1838, engl. Post Savings Banks Act (24 Vict. ch. 14) 1861, Belg. 1865 u. 1869, Ital. 1875. Niederl. 1880, Baden 1880, Oesterr. 1882).

[9]) In England heissen sie geradezu saving banks, banks for savings oder früher (z. B. Tottenham 1804) charitables banks (vgl. Rau, II § 365 Not. 1). — Vgl. Löning a. a. O., Hahn zu Art. 272 § 10, Endemann oben I § 15 Not. 38; a. M. Goldschmidt I § 53 Not. 12.

[10]) Eine ganze Reihe banktechnischer Eintheilungen bei Wagner, Zettelbankpolitik p. 372 ff.

[11]) Bei der Reichsbank früher 3 % für Mündelgelder, 2½ % für Depositen von Kirchen, Schulen, Hospitälern und anderen milden Stiftungen, 2 % für öffentliche Anstalten und Privatpersonen; auch unverzinsliche Depositen kamen vor; von Privatpersonen

zur beliebigen Zurückforderung gegeben sein (stets fällige Depositen, money on call), es kann aber auch für einen oder beide Kontrahenten eine meist kurze Aufkündigungsfrist verabredet sein (kurzfällige Depositen).[12] Nach der grösseren oder geringeren Disponibilität der Fonds vermindert oder erhöht sich der Zinsfuss; bei Depositen on call pflegt er 1—1½ % unter dem Bankdiskont zu sein.[13])

4. Das Bankdepositengeschäft begegnet schon im griechischen[14]) und sehr ausgebildet im römischen[15]) Bankverkehr. Der Umstand, dass in Rom das mutuum stricti juris war, Gebrauchszinsen desselben weder zur Strafe des Verzugs, noch ohne Stipulation wegen des gestatteten Genusses gefordert werden konnten, begünstigte die (irreguläre) Anwendung der Kontraktsform des Depositum, das als negotium bonae fidei formlose Zinsabrede und Verzugszinsen gewährte,[16]) überdies auch im Konkurse ein Vorzugsrecht gab und in der infaminenden Wirkung der Klage ein wirksames Compelle für die Restitution enthielt.[17]) Auch im Mittelalter und den nächstfolgenden Jahrhunderten wurde die Form des irregulären Depositums vielfach gewählt für zinsbare Kapitalseinlagen an campsores und bancherii; dem Wucherverbote konnte man hierbei wohl durch Ausdeutung des Depositums als einer Art Societät sich entziehen.[18]) Wohl unter Nachwirkung jenes Wucherverbots behielt man bis in die Gegenwart vielfach die Gewohnheit bei, alle von Kaufleuten zinsbar angelegten Gelder als Depositengelder (Conto a deposito) zu bezeichnen,[19]) mochte die Hauptabsicht

---

wurden nur Summen bis 9000 M. verzinslich angenommen. R. Koch, Zeitschr. f. H.R. 23 Beilageheft p. 245. Jetzt nimmt die Reichsbank, wie die Banken von England und von Frankreich, keine verzinslichen Depositen mehr an. Wagner im Handb. p. 328. Vgl. auch Goldschmidt in seiner Zeitschr. IV p. 471.

[12]) Wagner im Rechtslex. s. v. Reichsbank p. 345 — Die Kündigungsfrist beträgt meist 3, 5, 8 Tage, selten über 3 oder 6 Monate. Wagner im Handb. p. 328. — Bei der Reichsbank stand bei Mündel- und Pflegschaftsgeldern beiden Theilen jederzeit dreimonatliche, sonst 8tägige Kündigung zu. R. Koch in Zeitschr. 23 Beilageheft p. 281 ff. — Auch Depositen auf einen vorher festbestimmten Zeitraum kommen vor; in Italien werden sie buoni fruttiferi genannt. Vidari 2354 a ff.

[13]) Wagner a. a. O. p. 329, Hübner p. 59, Lyon-Caen 1372. Die Reichsbank behält sich die Veränderung des Depositenzinses immer vor.

[14]) Hübner p. 58, Roscher III § 61 Not. 4, Lattes p. 225 Not. 55.

[15]) Heimbach p. 431 ff., Endemann Not. 4, Grünhut in seiner Zeitschr. III p. 478 Not. 21 (unter Citirung zahlreicher Stellen aus den Komödien des Plautus).

[16]) Neustetel p. 3, Endemann in Zeitschr. f. H.R. IV p. 59, Dankwardt p. 39.

[17]) Nach Dankwardt a. a. O. lag in dieser Infamie „eine Art Hypothek" (!).

[18]) Vgl. Endemann, Zeitschr. IV p. 60 u. 62 Not. 19, Studien I p. 430 u. 364, Lattes p. 204 Not. 49 u. 54, 208, 223 ff., 228 Not. 66 bis, Neumann, Wucher p. 357 ff., 391, 422 ff., 610 (Hamburg, Amsterdam, Frankfurt a. M.), Mittermaier § 562 Not. 10, Hübner p. 58, Grünhut p. 483, Brinckmann Not. 1. — Scaccia § 1 qu. 7 p. 2 Ampl. 3 No. 4 ff., § 2 gl. 5 qu. 2 Not. 55, Marquard II c. 9 No. 24 u. 29, II c. 12 No. 13 ff. — Vgl. noch Lastig, Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 143, 151, 159, XXIV p. 418, 422.

[19]) Vgl. oben § 427 Not. 75. — Nach Heise § 17 gebührt übrigens der Name nur den für längere Zeit aufgenommenen Geldern, nach Morstadt § 17 sind umgekehrt diese Gelder überall nach einer kurzen Aufkündigungfrist, oft nach 24 Stunden fällig.

der Hingabe auch nicht im entferntesten in Aufbewahrung bestehen und die Annahme auch ganz isolirt erfolgt sein. Nachdem auch die Girobanken zum Theil erst heimlich und statutwidrig,[20]) dann offen die ihnen zur Verwahrung deponirten Gelder in sog. Depositen zur Benutzung verwandelt hatten, erfolgte in der Gegenwart die gewerbsmässige Pflege des Depositengeschäfts als eines besonderen Zweiges des Bankbetriebes durch grosse Bankinstitute, besonders Schottlands[21]) und Englands. — Die Sparkassen datiren erst vom Ende des vorigen Jahrhunderts; ihre erste Errichtung ist ein deutsches Verdienst.[22])

5. Das Bankdepositengeschäft verbindet Vortheile für den Deponenten, für den Depositar und für den allgemeinen Verkehr. Der Deponent wie der Sparer[23]) wird der Mühe und Kosten der eigenen Aufbewahrung überhoben; er ist gegen Diebstahl, Brand, Verlust und gegen die Untreue der eigenen Angestellten gesichert; anstatt eine Aufbewahrungsgebühr zu entrichten,[24]) erhält er vielmehr in der Regel noch einen mässigen Zins selbst bei kürzester Depositionszeit und für geringe Summen; er gewinnt durch die Verbindung mit einem Banquier und durch den diesem sich bietenden Einblick in die Geldverhältnisse seines Kunden die Möglichkeit, angemessenen Kredit erforderlichen Falls leicht zu finden; endlich ist ihm auch in den wohl meisten Fällen die Möglichkeit gegeben, dass der Depositar auch seine Auszahlungen besorgt. Der Depositar hat den Vortheil, da erfahrungsgemäss in ruhigen Zeiten ein Theil der Depositen unabgehoben bleibt,[25]) die bei ihm hinterlegten Gelder zinsbar, bei verzinslichen Depositen zu höherem Zins als den von ihm seinen Deponenten gewährten, anzulegen und diesen Zins resp. diese Zinsdifferenz zu lukriren. Der Gesammtheit endlich erwächst aus der Pflege des Depositengeschäfts der Vortheil, dass durch diesen „vornehmsten Saugapparat“ sonst müssig liegende Kapitalien in den Reservoirs der Banken zusammenfliessen und von diesen im Wege des Diskont- oder Lombardgeschäfts den Bedürfnissen des Handels und der Industrie zugeführt werden.[26]) Ueberdies ist das Depositengeschäft die Basis des Checkverkehrs und damit auch zumeist der modernen Skontration. Schliesslich sind die Zettelbanken auch

---

[20]) Roscher § 62 Not. 13 (Amsterdam, Venedig). Wagner p. 327.

[21]) Hübner p. 61.

[22]) Die älteste europäische Sparkasse ist die Braunschweigsche herzogl. Leihkasse v. 1765, der 1778 die Hamburger Sparkasse folgte. Von Deutschland kam das Institut 1787 nach der Schweiz, 1798 nach England, 1818 nach Frankreich, 1819 nach Oesterreich und Holland, 1821 nach Schweden, 1822 nach Italien. England gebührt das Verdienst, durch Verbindung der Sparkassen mit der Post jenes Institut mächtig gefördert zu haben. Vgl. Löning a. a. O.

[23]) Von dem moralischen Nutzen der Sparkassen braucht hier nicht erst gesprochen zu werden; vgl. darüber Rau u. Löning a. a. O. — Ueber den Nutzen des Depositengeschäfts vgl. insbes. Lyon-Caen 1323 u. 1372, Vidari 2354, Endemann Not. 11, Hübner p. 60, Wagner p. 328.

[24]) Doch kam unter der Herrschaft des kanonischen Rechts auch eine dem Depositar zu zahlende Vergütung pro opera sua oder wegen Uebernahme der Gefahr vor. Grünhut p. 484, Endemann, Zeitschr. IV p. 61.

[25]) Aehnlich wie beim Zettelgeschäft nur ein Theil der Banknoten präsentirt wird.

[26]) Wagner im Handb. p. 328.

durch den Betrieb dieses Geschäfts in der Lage, von der Notenausgabe minderen Gebrauch zu machen; es wird sonach der Verkehr vor der Ueberfüllung mit Banknoten gewahrt. — Andererseits ist jedoch anzuerkennen, dass in kritischen Zeiten eine stürmische Zurückforderung der Depositen bei den Banken (sog. run) stattzufinden pflegt, und dass an dieser erfolglosen Depositenforderung, nicht aber an der Noteneinlösungspflicht nicht wenige ausländische Banken, die bei der Anlage ihrer Depositen die Regeln der Banktechnik[27]) ausser Acht gelassen, zu Grunde gegangen. Bei der Berathung des deutschen Bankgesetzes sind die geplanten Beschränkungen des Depositengeschäfts für die Zettelbanken allerdings nicht angenommen worden.[28]) Nur für die Reichsbank wurde die Summe der verzinslichen Depositen auf den Betrag des Grundkapitals und des Reservefonds der Bank durch § 13 Nr. 7 des Bankgesetzes limitirt. Die völlige Beseitigung der Gelddepositen ist von der Reichsbank angestrebt[29]) und durchgeführt worden.

6. Die Geldsummen werden in der Regel in die Bank baar eingelegt (sog. **hineingezahlte** Depositen). Es ist aber auch eine fiktizische datio[30]) möglich. So ist es insbesondere im englisch-amerikanischen Bankverkehr üblich, dass Summen, welche der Bankkunde von der Bank aus anderen Geschäften zu fordern hat (die er in der Bank gut) hat, ihm nicht sofort baar ausgezahlt, sondern auf Depositenkonto gutgeschrieben und damit in sog. **Buchkreditdepositen** verwandelt werden. Dies ist z. B., wenn der Kunde Wechsel an die Bank diskontirt, mit der ihm gebührenden Diskontvaluta der Fall; ja selbst dann, wenn die Bank dem Kunden gegen oder ohne Pfand Darlehen gewährt, wird die darzuleihende Summe dem zukünftigen Darlehnsschuldner zurückbehalten und als von ihm deponirt fingirt. Es geschieht dies, damit der Kunde über diese fingirten Depositen in gleicher Weise, wie über die hineingezahlten Depositen disponiren kann, insbesondere mittelst Anweisung oder Check; dadurch hat er die Möglichkeit, auch in einzelnen Theilen sie herauszunehmen und bis zur Herausnahme die Depositalzinsen zu lukriren, während die Bank bis zum wirklichen Geldbedürfniss des Kunden resp. bis zur Präsentation des Checks im Besitz des betreffenden Kapitals verbleibt, auch durch die Art seiner Verfügung über das Buchkreditdeposit einen genaueren Einblick in seinen Geschäftsgang zu gewinnen vermag.[31])

7. Ausser der Hingabe des Geldes bedarf es der Willensübereinstimmung, dass die hingegebenen Summen nicht in specie, sondern in genere zu restituiren

---

[27]) Ueber das Erforderniss einer der Notendeckung analogen Depositendeckung vgl. A. Wagner im Handb. p. 328, 368, Zettelbankpol. p. 373 ff., 381 ff., Rechtslex. p. 349, 361. Ueber die Gefahr stets fälliger Depositen p. 59.

[28]) Soetbeer zum Bankgesetz p. 75 ff. u. 133 ff.

[29]) R. Koch a. a. O. p. 245.

[30]) Vgl. § 427 Not. 90 ff.

[31]) Wagner, Zettelb. p. 374, in Schönbergs Handb. p. 329 u. im Rechtslex. p. 361, Wagner betrachtet übrigens auch die Diskontirung als ein von der Bank gewährtes Darlehn (vgl. oben § 427 Not. 171). Auch die Reichsbank lässt jetzt im Giroverkehr die Beträge der diskontirten Wechsel und Lombard-Darlehen nicht mehr sogleich baar erheben, sondern schreibt sie zunächst auf Girokonto gut. Vgl. R. Koch, Abrechnungsstellen p. 24.

sind. Diese Uebereinstimmung kann auch stillschweigend erfolgen; sie ist in der Zuzählung, auch in der unverschlossenen und unversiegelten Uebergabe des Geldes zu finden;[31a]) nur einige ausländische Handelsgesetzgebungen haben diese Annahme ausgeschlossen.[32]) Die Hingabe von unversiegelten Rollen und von Banknoten in Bündeln steht der offenen Hingabe gleich.[33])

8. Ueber die juristische Natur des Bankdepositengeschäfts herrscht Streit. Die Einen sehen in ihm stets ein irreguläres Depositum,[34]) während eine Reihe von Gesetzbüchern[35]) und Schriftstellern[36]) diesen Begriff prinzipiell verwerfen und in der Deposition von Fungibilien als solchen nichts als ein Darlehn erblicken. Noch Andere räumen zwar auch für das moderne Recht die Existenz beider Vertragsformen ein, wollen aber wenigstens im Zweifel stets für das Darlehn präsumiren.[37]) In Wahrheit ist das Bankdepositengeschäft (auch das Sparkassengeschäft)[38]) bald Darlehn, bald irreguläres Depositum. Die Entscheidung ist nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls zu treffen. Ein sicheres Merkmal gibt weder die von den Kontrahenten gewählte **Bezeichnung**,[39]) noch das im Civilrecht überhaupt nur höchst ausnahmsweise maassgebende **Motiv**.[40]) Ebensowenig ist die höhere **Verzinsung** des Darlehns ein sicheres Kriterium,[41]) da es gewiss auch zinslose Darlehen gibt, verzinsliche Depositen

[31a]) l. 25 § 1 D. XVI 3, l. 31 D. XIX 2. Scaccia § 1 qu. 7 p. 2 a. 3 No. 21. Württemberg. Entw. 406. Schweizer Obl.R. 484. Sächs. B.G.B. § 1277. — Nach dem Dresdn. Entw. 738 tritt nur zugezähltes Geld sofort ins Eigenthum des Depositars; Hingabe von unversiegeltem und unverschlossenem Geld ist dagegen nur ein Angebot des Gebrauchs. Vgl. auch Troplong 115, aber auch Pont 443.

[32]) Durch das Verbot des Gebrauchs deponirter Geldsummen. Cundinamarca 370, Argent. 724, Bolivia 344, Costa Rica 353, Guatemala 393.

[33]) Motive des Württemb. Entw. p. 362.

[34]) z. B. Vidari 2354, wohl auch Creizenach, Arch. f. prakt. Recht IV p. 48.

[35]) So das preuss. A. L.R. (Koch, R. d. Ford. § 276, Förster-Eccius Not. 71; a. M. Dernburg § 211 nach Not. 15) und das österr. B.G.B. (v. Kirchstetter zu § 959). Nach dem sächs. B.G.B. 1274 ff. verwandelt sich zwar in der Mehrzahl der Fälle das Geschäft völlig in Darlehn; nur bei der Deposition unverschlossen deponirter Fungibilien sollen die Einreden, wie bei dem Depositum beschränkt sein. Schmidt I p. 448 ff., Siebenhaar p. 658. Vgl. auch Dresdn. Entw. 738 und die ersten Schweizer Entwürfe; das neue Obl.R. 484 trennt jedoch wieder beide Verträge. Schneider u. Fick p. 344.

[36]) Endemann, Zeitschr. IV p. 61, Troplong 116, 117, Eccius bei Not. 71, Vidari 234 (jedoch nur de lege ferenda) Mittermaier, Priv.R. § 562 Not. 12, Franz Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. X p. 12 Note, Hübner p. 58.

[37]) Thöl § 296, Gareis, H.R. p. 409.

[38]) R.G. I p. 206.

[39]) Busch 22 p. 465, R.O.H.G. VII p. 117 ff., R.G. I p. 206. — Falsche Bezeichnung des Vertrages kam schon in Rom oft vor (Neustetel p. 5), in Frankreich wurde sie zur Umgehung des Darlehnsstempels gewählt, Pont 445, Troplong 119; vgl. auch Brinz § 297 Not. 24.

[40]) Das O.App.G. Dresden setzte dagegen 1862 (Seuffert, Arch. 16 Nr. 211) das karakteristische Merkmal darein, dass die Annahme als eine dem Deponenten erwiesene Gefälligkeit erscheint; mit Recht weist aber das A.G. Eisenach (Busch a. a. O.) darauf hin, dass der Annahme von Seiten der Gerichtsdepositorien und Sparkassen sicher keine „Gefalligkeit" zu Grunde liege. Vgl. auch Eccius Not. 71, R.O.H.G. VII p. 120.

[41]) A. M. jedoch Pardessus 514, Laurent No. 75 a. E. (Entsch. v. 1856),

aber selbst schon von den römischen Juristen bezeugt sind.[42]) Auch die vielfach verbreitete Ansicht, dass die **stete Fälligkeit** dem Depositalbegriff essentiell und dem Darlehnsbegriff zuwider sei,[43]) kann für ausnahmslos zutreffend nicht erachtet werden; Ausnahmen sind vielmehr nach beiden Seiten hin möglich.[44])

Nicht von allein entscheidendem Gewichte erscheint es endlich, von welchem der beiden Kontrahenten der **erste Anstoss** zum Geschäft ausgegangen;[45]) denn es kommt immerhin vor, dass sich Banken und Sparkassen, und nicht nur bei Begründung des Etablissements, durch Zirkulare und Annoncen, Banken auch wohl durch Spezialbriefe an einzelne Kunden zur Aufbewahrung, selbst zur regulären, erbieten.[46]) — Es wird vielmehr immer zu prüfen sein, in wessen **Interesse** das Geschäft eingegangen ist; nur wenn es dem Interesse des Geldgebers ausschliesslich dienen soll, nur dann liegt irreguläres Depositum vor; soll es aber dem Interesse des Geldnehmers oder auch gleichmässig den Interessen beider Kontrahenten dienen, so ist Darlehn anzunehmen.[47]) Bei dieser Prüfung

Alauzet 619, Württemb. Entw. Motive p. 363, Endemann, Zeitschr. IV p. 61 und Brinckmann Not. 5. Vgl. auch Windscheid Not. 2, der Verzinsung als das gewöhnliche Merkmal des Darlehns bezeichnet.

[42]) Neustetel p. 11 ff., vgl. auch oben Not. 16, sowie überhaupt Busch 22 p. 465. Lattes p. 228 Not. 66. Es wäre auch immerhin doch denkbar, dass etwa zur Beförderung des Sparens unter der Jugend eine Gemeinde oder eine Privatperson einer Schulsparkasse 6% Zinsen der eingezahlten und nicht ausgeliehenen Kapitalien zum Geschenke machte; verlören jene Spareinlagen damit den Karakter des Depositums und würden dieselben zum Darlehn?

[43]) So schon Scaccia § 1 qu. 7 p. 2 Ampl. 3 No. 23 „depositum irregulare differt a mutuo in hoc, quod de natura mutui est, ut mutuum non possit statim repeti. at de natura depositi est, ut possit statim repeti.“ Ebenso Koch Not. 3 a. E., Seuffert XVI 211, Alauzet 619, Lyon-Caen 1372 Not. 2, Brinz § 317 Not. 44, Mühlhäuser p. 54. „Hauptunterschied immer die beliebige Revocabilität“. Etwas beschränkter Pardessus 514 (für das depositum sei vertrags- oder usancemässige Festsetzung eines Termins nicht ausgeschlossen; das Darlehn aber könne freilich selbst, wenn die Rückzahlungszeit nicht fixirt worden, vom Darleiher keineswegs quand il le juge à propos gefordert werden. — Als im Zweifel vorzüglich entscheidend erklärt dies Kriterium Holzschuher § 271 ad 4 Note.

[44]) Vgl. oben § 427 Not. 143 u. § 430 Not. 87 u. 18. — A.G. Eisenach a. a. O.: „weder positive Vorschrift, noch auch die Natur des Rechtsverhältnisses verbietet die Vergünstigung für den Depositar, dass ihm der in Verwahrung genommene Betrag nicht plötzlich und unvorbereitet abgefordert werden soll.“ Vidari 2343, 2350, 2354 ff. unterscheidet depositi disponibili u. non disponibili als Arten des dep. bancario, das ihm stets dep. irreg. ist. Ueber Pardessus vgl. Not. 43.

[45]) Endemann, Zeitschr. IV p. 63, auch wohl Brinz § 317 Not. 12: „Der Anstoss zum Geschäfte muss vom Deponenten und dessen Bedürfniss ausgehen.“ Richtiger Gad p. 322; „nur durch Veranlassung verschieden“; doch fährt auch er nicht ganz korrekt fort: „dem Empfänger wird der Kredit angeboten.“

[46]) Mühlhäuser p. 55.

[47]) Dies ist die herrschende Meinung: R.G. I p. 206, Koch § 276, Windscheid Not. 4, Rivier im Rechtslex. I p. 517, Schneider u. Fick zu Art. 485, Mühlhäuser p. 8 ff., Unger, der revidirte Entwurf p. 93, vgl. auch Huschke p. 3 Not. 4 (indigentes, Darlehnsempfänger) u. p. 23. Dagegen nehmen Troplong 117 u. Vidari 2349 an, dass diese Unterscheidung, selbst wenn sie wahr und zutreffend wäre, die juristische Natur des Vertrages nicht ändern könne.

wird nun allerdings das Interesse des Empfängers und somit Darlehn gewöhnlich dann anzunehmen sein, wenn eine längere Zeitdauer des Vertragsverhältnisses verabredet, der landesübliche oder ein noch höherer Zins ausbedungen, das Geld vom Nehmer auch bei dem Geber gesucht worden; dagegen dürfte Zinslosigkeit oder niederer Zins in Verbindung mit beliebiger Revokabilität des vom Geber dem Nehmer offerirten Geldes die Annahme des irregulären Deposits in der Regel rechtfertigen.

9. Mag das Handelsdepositengeschäft in concreto Darlehn oder irreguläres Depositum sein, jedenfalls geht Eigenthum[48]) und Gefahr auf die Bank mit der Hingabe über. In beiden Fällen ist der Empfänger nur zur Restitution von tantundem[49]) verpflichtet. In beiden Fällen dürfte es auch im Zweifel als der Natur des Geschäfts entsprechend zu erachten sein, dass die Schuld Holschuld, nicht Bringschuld ist.[50]) Im Uebrigen kommen je nach der konkreten Natur des Geschäfts die Regeln vom Darlehn oder vom irregulären Depositum zur Anwendung. Ein grosser Theil der früher bedeutsamen Unterschiede beider Vertragsformen sind nun freilich mit der Unterscheidung der negotia stricti juris und der judicia bonae fidei in der Gegenwart weggefallen.[51]) Stehen geblieben sind nur die folgenden Unterschiede:

a. dem irregulären Deponenten ist, selbst wenn er Kaufmann ist, nur im Fall besonderer Abrede vom Tage des Empfangs an das Depositengeld zu verzinsen;[52]) dem Darlehnsgeber dagegen, sofern er Kaufmann, nach Art. 290 des H.G.B., auch ohne solche Abrede.

---

[48]) Nach Brinz geht Eigenthum und Gefahr erst mit dem Verbrauch, nach Unger a. a. O. das Eigenthum zwar sofort mit der Hingabe, die Gefahr aber erst mit dem Verbrauch über. Nur eine Konsequenz davon ist die Gebrauchsbefugniss des Bankdepositars. Portug. 307 hebt ausdrücklich hervor, dass der banquiero oder depositario da dinheiro pódo usar do deposito; über die abweichende spanisch-amerik. Gesetzgebung vgl. oben Not. 32. — Inkorrrekt ist es, in der Gebrauchsbefugniss des Depositars das Kriterium der Irregularität im Gegensatz der Regularität zu sehen, wie dies Nettelbladt und Schmidt thun; vgl. Mühlhäuser p. 27 ff. und auch oben § 430 Not. 60.

[49]) Natürlich kann er auch in natura restituiren Vidari 2351. Vgl. oben § 427 Not. 131.

[50]) Vgl. bez. des dep. irreg. oben Regelsberger II p. 511, Schneider u. Fick zu Art. 484 Schweizer Obl.R. Ist ein Inhaber- oder Ordrepapier über das Bankdeposit ausgestellt, so ist die Holpflicht schon durch den Eingang von A. 325 des H.G.B. entschieden.

[51]) Die a. depos. macht nicht mehr infam (oben Not. 17). Auch bei dem Darlehn können formlos Zinsen bedungen und ex mora gefordert werden (oben Not. 16); die exc. non num. pec. cessirt nicht mehr nur bei dep. irreg., sondern ist jetzt generell beseitigt (§ 427 Not. 154). Der Deponent geniesst nach § 54 der R.K.O. kein Konkursprivileg mehr; Moratorien kommen überhaupt nicht mehr vor; vgl. Mühlhäuser p. 53 ff. —

[52]) A. M. ist Endemann, Zeitschr. IV p. 62, Lehrb. vor Not. 12, anscheinend auch Vidari 2350 (entsprechend seiner Bekämpfung des Unterschiedes beider Vertragsarten). — Dagegen ist auch nach dem schweizer Obl.R. Art. 330 u. 484 das irreg. dep. im Gegensatz zum Darlehn, selbst im Handel nur in Folge besonderer Abrede und nicht präsumtiv verzinslich. Vgl. Schneider u. Fick p. 344. Vgl. auch oben § 427 Not. 150.

b. Bei dem irregulären Depositum ist die Kompensations- und Retentionseinrede in demselben Umfange, wie bei dem regulären Depositum ausgeschlossen.[53])

c. Die exceptio S. C. Macedonioni ist nur bei dem Darlehn, nicht aber bei dem irregulären Depositum statthaft;[54]) für den Handel hat indess dieser Unterschied seine Bedeutung verloren, da dem handeltreibenden Haussohn die Berufung auf das S. C. Maced. überhaupt nicht zusteht.[55])

Partikularrechtlich besteht ferner der Unterschied, dass bei dem Darlehn im Zweifel die gesetzlichen Kündigungsfristen[56]) zu beobachten sind, welche bei dem irregulären Depositum wegfallen. Es könnte zwar scheinen, dass im Geltungsgebiet des preussischen Landrechts, dem der Begriff des irregulären Depositums unbekannt, alle Bankdepositen als Darlehen anzusehen, daher sämmtlich jenen Kündigungsfristen unterworfen sind; jedoch darf die Scheidung beider Vertragsformen wohl als ein allgemeines Handelsgewohnheitsrecht angesehen werden.[57]) Insoweit sonach das Bankdepositengeschäft Handelssache ist, insoweit kommen nach Art. 1 H.G.B. für das im alleinigen Interesse des Geldgebers vorgenommene Geschäft die Kündigungsfristen des Darlehns auch in Preussen in Wegfall.[58])

Ein weiterer Unterschied in den Wirkungen beider Geschäfte soll darin bestehen, dass der Depositar zum steten Bereithalten der deponirten Gelder verpflichtet sei.[59]) Es ist aber schon oben (Note 44) darauf hingewiesen, dass stets fällige Darlehen und terminirte Depositen vorkommen. Eine juristische **Pflicht zur steten Bereithaltung** dürfte auch wohl nur in dem Sinne gemeint sein, dass der Depositar sofort auf Abfordern restituirt; ob derselbe **vor** der Abforderung das Geld bereit gehabt oder nicht, ist für den Deponenten kaum nachweisbar, meist höchst gleichgültig und begründet jedenfalls für ihn keinen Anspruch auf Entschädigung. Zu jener prompten vertragsmässigen Restitution ist aber der Darlehnsnehmer in gleicher Weise, wie der Depositar verpflichtet.

10. Das Bankdepositengeschäft wird in der Regel durch Eintragung in die Bankbücher[60]) und Ausstellung von Depositenscheinen (Bankobligationen, deposit

---

[53]) R.O.H.G. IX 437, Windscheid Not. 5, Brinz Not. 47, Holzschuher § 271 ad 4 Note, schweiz. Obl.R. Art. 484. Das sächs. B.G.B. § 1274 schliesst die Einreden wenigstens dann, wenn ohne besondere Verabredung vertretbare Fungibilien unverschlossen deponirt werden, trotz stattgehabten Verbrauches in demselben Umfange, wie bei dem regul. depos. aus. Schmidt p. 450. — A. M. Brinckmann Not. 9, Endemann Not. 14. Schon Marquard II c. 9 Not. 25 „unde et in ejusmodi deposito irregulari contra naturam depositi admittitur compensatio in foro mercatorum. Rota Genu. decis. 34 Not. 9".

[54]) Mühlhäuser p. 54, vgl. aber auch Brinz § 297 Not. 24.

[55]) Oben § 427 Not. 69.

[56]) § 427 Not. 145.

[57]) Vgl. z. B. Thöl § 296 Not. 6, Goldschmidt § 53 Not. 2a, Pardessus 514, insbes. auch Alauzet 619.

[58]) Das nimmt auch wohl Förster-Eccius Not. 71 an.

[59]) Mühlhäuser p. 26 u. passim.

[60]) Historisches bei Lattes p. 205 Not. 56—58.

receipts) Seitens des Depositars beurkundet.[60a]) Statt vereinzelter Quittungen oder Depositenscheine ist es jetzt üblich, dem Deponenten ein den Bankbüchern korrelatives Quittungsbuch (mit Soll und Haben für Einzahlungen und Rückzahlungen von Kapital und Zins) auszuantworten.[61]) Dies Buch wird auch wohl Kontokorrentbuch,[62]) Passbuch,[63]) bei den Sparkassen Sparkassenbuch, libretto di risparmio genannt. Bisweilen werden auch die Kündigungen darin vermerkt. Die Eintragungen erfolgen durch den Depositar;[64]) über Abschlagszahlungen und Zinsen wird daneben noch meist durch den Deponenten besonders quittirt. Die Depositenscheine und Quittungsbücher lauten in der Regel auf den Namen des Deponenten[65]) oder eines Dritten,[66]) seltener auf den Inhaber. Die Rechte aus den auf Namen lautenden Büchern sind oft für nicht cessibel erklärt;[67]) andererseits behält der Depositar sich oft das Recht vor, dem Präsentanten ohne weitere Legitimationsprüfung zu zahlen. Der Rechtskarakter des Buchs lässt sich nur im Einzelfalle feststellen.[68])

[60a]) Hübner p. 60. Früher stellte der Depositar oft einen eigenen Wechsel über die Depositen aus. Mittermaier § 562 nach Not. 10, Bender § 114. Ueber die Entwickelung der Zahlung durch die Bank vgl. Lattes p. 205 u. 206; über die Entstehung der Banknote aus dem Depositenschein vgl. Roscher § 60 bei Not. 9, oben § 429 Not. 17 und § 433 Not. 20. Ueber die moderne sog. Wiener Praxis, Kassenscheine auf die ganze Einlage als runde Summe auszugeben, Wagner p. 329.

[61]) So auch bei der Reichsbank in 5 verschiedenen Arten; die älteren preuss. Bankobligationen, welche die Zuschreibung neuer Einlagen nicht gestatteten, sind abgeschafft. R. Koch p. 244, 245, 279. Wagner p. 329.

[62]) In Italien libretti di contocorrente, bei langterminirten Depositen buoni fruttiferi, vgl. Vidari 2354 a ff.; 2354 c ist der Unterschied von dem eigentlichen Kontokorrent entwickelt. Vgl. auch R. Koch p. 279: Quittungsbücher, welche eine Art von Kontokorrent, ähnlich wie die Sparkassenbücher, darstellen.

[63]) Walker p. 121. „The state of the customer's account is communicated to him, in London at least, by a book formerly known as a passage-book, and now more commonly called a pass-book.“ Der Name ist im Checkverkehr auch auf den Kontinent übergegangen; doch finden sich auch Bezeichnungen wie carnet de compte, Kontrabuch u. a. m.

[64]) Vidari 2354 b, Hübner p. 60, Koch p. 244. Ueber die Beweiskraft der Einträge in England vgl. Walker p. 122 ff.: Nichtbemängelung der Eintragung gilt als Genehmigung des Kunden; die Eintragung verpflichtet den Banquier präsumtiv; der Gegenbeweis der irrthümlichen Eintragung ist der Regel nach zugelassen, nützt aber nicht, wenn der Bankkunde im Vertrauen auf die Eintragung gehandelt hat (but he is bound by the entry where the customer has acted upon the faith of it, or altered his situation in consequence of it, as by drawing on his account and spending the money).

[65]) Vidari 2354 b, R. Koch p. 244.

[66]) Gareis, Verträge su Gunsten Dritter p. 288.

[67]) Ueber ital. Sparkassenbücher auf den Inhaber vgl. Vidari 2354 d; über Inhaberverpflichtungsscheine in Bologna 1606 vgl. Lattes p. 207.

[68]) Die Reichsbank zahlte die Zinsen gegen Vorlegung des Quittungsbuchs stets ohne weitere Legitimationsprüfung; bei ganzer oder theilweiser Kapitalzahlung hatte sie Prüfungsrecht ohne Prüfungspflicht sich vorbehalten; Mündel- und Pflegschaftsgelder wurden nur gegen Vorlegung von Quittungsbuch und Bestallung gezahlt, Stiftungs- und Anstaltsgelder nur gegen Quittungsbuch und behördliche Quittung, deren Echtheit und Gültigkeit die Bank zu prüfen nicht verpflichtet war.

Häufig ist dem Deponenten auch das Recht ertheilt, über die Gelder ganz oder theilweise mittelst Anweisung, Check, Wechseltrassirung, Wechseldomicilirung oder Umschreibungsorder zu verfügen.[69]) Ohne besondere Abrede ist der Depositar weder zur Honorirung der auf das Depositum gezogenen Wechsel,[70]) noch zur Auszahlung von Depositentheilen[71]) verpflichtet.

§ 434.

D. Der offene Kredit.[1])

Der offene Kredit ist die einseitige Kreditertheilung, welche den Inhalt eines **Krediteröffnungsvertrages** bildet; letzterer besteht darin, dass sich eine Person, gewöhnlich ein Banquier, verpflichtet, einer anderen Kredit unter gewissen näher verabredeten Bedingungen zu gewähren. Oekonomisch betrachtet soll dieser Vertrag nur dem einseitigen Bedürfniss des Kreditnehmers nach einer finanziellen Stütze abhelfen; das werbende Produktivvermögen und die ökonomische Kraft des Kreditnehmers soll erweitert und ergänzt werden, dadurch, dass ihm der Kreditgeber eine Gebrauchsbefugniss an seinen eigenen Vermögenstheilen einräumt. Bei dem offenen Kredit ist von vornherein nur **ein** Gläubiger und **ein** Schuldner vorhanden; denn nur der eine Theil soll Kredit geben, der andere nur Kredit empfangen. Seinen eigentlichen Platz hat der offene Kredit im Handelsverkehre, wo jeder Kaufmann leicht in die Lage kommen kann, die durch den Kredit gebotenen Hilfsquellen benützen zu müssen, um den Anforderungen eines gesteigerten Handelsverkehrs genügen zu können; aber auch ein Nichtkaufmann kann einen Krediteröffnungsvertrag abschliessen. Eine besondere Form bedarf dieser Vertrag nicht, doch muss ausser Zweifel sein, dass der Wille des Kreditgebers auf Uebernahme einer wirklichen Verpflichtung, Kredit, wenn auch für zunächst speziell noch nicht bestimmte Geschäfte, zu gewähren gerichtet war; dass es sich nicht bloss um eine in allgemeinen Ausdrücken versprochene, juristisch nicht bindende, willkürlich und einseitig widerrufliche Kreditgewährung handelte.

Die Modalitäten der Kreditertheilung werden in der Regel ausdrücklich vereinbart und zwar in verschiedener Art; gewöhnlich wird bedungen, dass nur bis zu einem bestimmten Maximalbetrage (limitirter Kredit) und nur für eine gewisse Zeit Kredit gewährt werden soll; ist über die Höhe des Kredits und

---

[69]) Derartige Verfügungen über Depositen sind schon früh nachweisbar; über venetianische contadi di banco (1421) und bolognesische polizze bancarie (1606) vgl. Lattes p. 205, 227; über das cambium cum deposito, d. h. den vom Deponenten auf das bei dem Banquier vorhandene Depositum gezogenen Wechsel (Scaccia § 1 qu. 7 p. 2 ampl. 3 No. 1 ff.) und über die remissio pro solutione ad depositarium Grünhut III p. 483, 488, sowie unter Abschnitt 12.

[70]) Anders in Holland, Portugal und unter Kaufleuten in Belgien. Vgl. Zeitschr. f. vergl. R.W. IV p. 52 ff.

[71]) Anders allerdings in England. Vgl. Zeitschr. f. vergl. R.W. III p. 75 Not. 1.

[1]) Endemann, H.R. § 143. Gareis, H.R. S. 414. Dernburg, Preuss. Priv.R. II § 173 S. 445. Lyon-Caen et Renault dr. comm. I S. 776 fg.

die Dauer der Kreditirung nichts bestimmt worden, so entscheidet im Streitfalle der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen; er wird im Zweifel davon ausgehen, dass der Kreditgeber, wenn er nicht mehr kreditiren will, zu weiterer Kreditgebung nicht verpflichtet und daher jederzeit die Kreditposten zu schliessen berechtigt sein und dass die Kreditgewährung, soweit sie bereits geschehen ist, bis zum jährlichen Rechnungsabschluss erfolgen sollte.

Die verschiedene wirthschaftliche Stellung der Parteien bringt es bei dem offenen Kredit oft mit sich, dass der Kreditnehmer dem Kreditgeber eine bestimmte Deckung gegen die Gefahr des Verlustes aus dem gewährten Kredit einzuräumen verpflichtet ist; es hängt von der Vereinbarung ab, ob die Beschaffung der Deckung zur Bedingung der Kreditgewährung gemacht ist.

Die Kreditgewährung erfolgt in der Regel unter ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung eines Aequivalentes statt; dem Kreditgeber muss dafür, dass er Vermögenswerthe dem anderen Theil zur unbeschränkten Verfügung stellt, dass er also Theile seines eigenen Produktivvermögens eine gewisse Zeit hindurch vermisst, eine Vergütung geboten, ein **Kreditpreis** bezahlt werden; doch ist dies nicht wesentlich. Das juristische Wesen des Krediteröffnungsvertrags wird nicht beeinflusst, wenn auch der Kredit geschenkt wird. Im letzteren Fall, wenn also die Kreditgewährung eine unentgeltliche ist, stellt sich der Vertrag auf Seite des Krediteröffners nicht als ein Handelsgeschäft dar, wohl aber kann er Handelsgeschäft auf Seite des Kreditnehmers sein.

1. **Verpflichtungen des Krediteröffners.** Der Krediteröffner darf den versprochenen Kredit in der vereinbarten Art nicht verweigern; er ist daher verpflichtet je nach den bedungenen Modalitäten für den Kreditnehmer Zahlung zu leisten, die auf ihn gezogenen Tratten und Anweisungen zu acceptiren und zu bezahlen oder auch durch sein Indossament als Garant für die Verpflichtung des Kreditnehmers oder als Intervenient einzutreten, direkte Darlehen zu geben oder sonst in Vorschuss zu gehen; kurz alle Negoziationen, durch welche Vermögenswerthe einem anderen zur freien Disposition übertragen werden und welche auf bestimmte Geldsummen auslaufen, können als Posten in den offenen Kredit eintreten und so den Grundstoff für den Krediteröffnungsvertrag liefern. Wird der bedungene Kredit nicht gewährt, so ist eine Klage des Kreditnehmers auf Erfüllung des Kreditvertrages, eventuell auf das volle Interesse begründet, da das versprochene fremde Vermögen zur Erhöhung der eigenen Produktivkraft nicht benutzt werden kann.

War nicht vereinbart, dass der Kredit nur gegen Deckung gewährt werden soll, so ist der Krediteröffner nicht berechtigt, nachträglich eine Deckung vor der Kreditgewährung zu fordern. Es fehlt dazu an einem Rechtsgrunde; ein solcher Anspruch würde mit der Intention der Betheiligten in Widerspruch treten und als gegen die bona fides streitend mit der exceptio doli abzuwehren sein. Der Anspruch auf Deckung erscheint aber begründet, sobald nach richterlichem Ermessen die Gefahr droht, dass der Krediteröffner auf Grund seiner Kreditgewährung nicht bloss zu Vorschüssen, sondern zu definitiven Aufwendungen aus

eigenem Vermögen werde genöthiget werden. Eine solche Gefahr (justa causa metuendi) liegt insbesondere bei notorischer Zerrüttung der Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers vor, also im Falle der Ueberschuldung desselben oder bei bevorstehender Konkurseröffnung über denselben oder bei Erschütterung seines Kredites in Folge gewagter oder misslungener Unternehmungen. „Nach der insbesondere im kaufmännischen Verkehre bestehenden, einer gesunden Anschauung entsprechenden Auffassung ist es bei einem jeden nicht sofort zur Ausführung gelangenden Kreditgeschäft — wenn nicht etwa besondere Umstände auf ein anderes Ergebniss hinführen — eine selbstverständliche Voraussetzung wirksam bleibender Verbindlichkeit des Promittenten, dass nicht, bevor die Kreditzusage zur Ausführung gelangt, Umstände in Betreff der Vermögensstellung des Promissars bekannt werden, welche diesen als so unsicher und die Gewährung des zugesagten Kredites als so gefährdet erscheinen lassen, dass mit Bestimmtheit angenommen werden darf, der Promittent würde, wenn ihm diese Lage seines Kontrahenten schon bei dem Geschäftsabschlusse bekannt gewesen wäre, zu diesem sich nicht verstanden haben. Die inneren Gründe für diese Auffassung der Kaufleute liegen nahe. Abgesehen von solchen Fällen, in denen dem Kreditbewilligenden eine Unsicherheit des anderen Theiles bekannt ist und er, durch besondere Motive bestimmt, dennoch auf das Geschäft eingeht, gewährt kein Kaufmann einem Anderen Kredit, wenn er Ursache zu der Annahme hat, dass der zu verwendende Vermögenswerth erheblich gefährdet sein werde. Darüber, dass dies eine allgemein gehegte käufmännische Ansicht ist, kann kaum ein Zweifel erhoben werden. Es folgt aber hieraus weiter, dass jeder Kaufmann, welcher bei einem Anderen Kredit beantragt, sich mittelbar als einen für den Bereich des beabsichtigten Geschäftes Kreditwürdigen darstellt und dadurch seinem Mitkontrahenten erklärt, dieser dürfe sich versichert halten, dass er bis zur Zeit des Ablaufs des Geschäftes ungefährdet sein werde. Manifestirt sich eine Gefährdung des Kredits schon vor dessen materieller Gewährung, so würde es gegen den vorgedachten Sinn des Geschäftes sein, ungeachtet dieser veränderten Sachlage die Kreditzusage aufrecht zu halten und den Promittenten dazu zu nöthigen, den betreffenden Vermögenswerth einer offenbaren Gefährdung preiszugeben. Dass die im Vorstehenden dargelegte Behandlung des fraglichen Punktes keine ausdrückliche Anerkennung in den Gesetzen gefunden hat, steht, da sie aus der Natur des zu Grunde liegenden Verhältnisses hervorgeht, ihrer Festhaltung nicht entgegen.“ [2]) Eine so wesentliche Veränderung der Umstände berechtigt daher den Krediteröffner, den versprochenen Kredit, wenn nicht vorher genügende Deckung gegeben wird, zu versagen.

2. **Verpflichtungen des Kreditnehmers.** Der Kreditnehmer ist zur Revalirung der zu seinen Gunsten auf Grund der Kreditgewährung vom Krediteröffner aufgewendeten Vermögenswerthe verpflichtet. Ueber die Zeit **wann** und über die Art, **wie** der Ersatz erfolgen soll, ist besondere Vereinbarung zu treffen. Bei der entgeltlichen Kreditgewährung muss der Kreditnehmer für die Summen,

---

[2]) R.O.H.G. Bd. XXIII N. 48 S. 137.

deren freie Verfügung ihm gesichert ist, für welche er debitirt wird und welche der Krediteröffner während der Dauer der Kreditgewährung zu fordern nicht berechtigt ist, den **Kreditpreis**, zuweilen auch je nach der Vereinbarung andere Gebühren, namentlich **Provision** vergüten. Der Kreditpreis wird in der Regel, wenn nichts anderes vereinbart ist, derart berechnet, dass für alle zu Lasten des Kreditnehmers eingetragene Posten von dem Tage des gewährten Kredites an zu Gunsten des Krediteröffners Zinsen zu laufen haben. Diese Zinsen sind nicht als Zinsen von Darleihen anzusehen, welche der Krediteröffner dem Kreditnehmer in Gestalt von Vorschüssen etc. macht; denn, wenn auch Darleihen in den offenen Kredit hineingenommen werden können, so ist doch nicht jede Leistung des Kreditgebers zu Gunsten des Kreditnehmers ein Darleihen und ebensowenig die ganze Reihe der Leistungen zusammengefasst ein Gesammtdarleihen. Der Wille der Parteien ist beim offenen Kredit nicht auf den Abschluss vervielfachter Darleihen, sondern auf **Kreditgewährung** gerichtet.

Ist die Kreditgewährung eine **unentgeltliche**, bezweckt sie also lediglich den Vortheil des Kreditnehmers, so steht es dem letzteren frei, von dem bedungenen Kredit Gebrauch zu machen oder nicht, er kann doch nicht gezwungen werden, zu seinem eigenen Vortheil zu handeln und in seinem eigenen Interesse den Kredit zu nehmen, er kann daher durch Verzichtleistung auf den Gebrauch des gewährten Kredites die kontrahirte Obligation vereiteln. Ist aber die Kreditgewährung, wie im Handelsverkehr, eine **entgeltliche**, bezweckt sie also den beiderseitigen Vortheil der Kontrahenten, so liegt ein Konsensualkontrakt vor, eine Kreditmiethe gleich der Sachmiethe, also ein entgeltliches Rechtsgeschäft, in Folge welches der Kreditnehmer als Kreditmiether, wenn nichts anderes vereinbart worden, verpflichtet ist, den bedungenen Kredit zu nehmen. Er kann von dem Krediteröffner auf Erfüllung des Kreditvertrags, resp. auf Ersatz des Interesses belangt werden. Zuweilen wird besonders vereinbart, dass von einem gewissen Betrage für eine gewisse Zeit Zinsen zu einer bestimmten Höhe als Kreditpreis dem Kreditnehmer zur Last geschrieben werden, mag dieser auch von dem gewährten Kredit keinen Gebrauch gemacht haben.

Der Kreditpreis wird im Zweifel für das Bereithalten der Vermögenswerthe von Seite des Krediteröffners zur Verfügung des Kreditnehmers, für die blosse Krediteröffnung, für die Möglichkeit des Kreditgenusses entrichtet. Im letzteren Falle kann von einer Verpflichtung zur Rückleistung (Revalirung) von Vermögenswerthen, welche im Wege des gewährten Kredites zur freien Verfügung empfangen sind, nicht die Rede sein, da ja der Voraussetzung gemäss ein solcher Empfang nicht vorhergegangen ist. Man kann nicht sagen, dass der Kreditnehmer bloss unter einer Potestativbedingung, erst wenn er den Kredit benützt hat, an den Vertrag gebunden ist; die Obligation ist vielmehr auch für ihn sofort unbedingt kontrahirt, so dass sie auch zweifellos durch Pfand (Hypothek) gedeckt nnd dass er zur Erfüllung derselben gezwungen werden kann. „Der Krediteröffnungsvertrag hat sein unmittelbares Objekt in dem Kredit selbst. Schon mit dem Vertragsschluss selbst ist der Kreditnehmer als solcher, d. h. weil er Kredit

genommen hat, wirklich Schuldner.“[3]) Es besteht ein festes Rechtsverhältniss, aus welchem sich Summenschulden entwickeln können; soweit der Kreditnehmer den Kredit wirklich benützt, haftet er auf Grund des Krediteröffnungsvertrags; es ist ihm aber möglich dadurch, dass er die Leistung der auf Grund des gewährten Kredits zu machenden Darlehen, Vorschüsse etc. verhindert, die Pflicht zur Rückleistung abzuwenden.

Ist der Krediteröffnungsvertrag schon an und für sich verpflichtend, ebenso wie ein Kauf- oder Miethvertrag, so kann von einem offenen Kreditverkehre doch erst dann die Rede sein, wenn durch später eingegangene Rechtsgeschäfte wirklich Vermögenswerthe von dem Krediteröffner dem anderen Theile zur freien Verfügung gestellt sind; solange dies nicht geschehen ist, fehlt es an der Möglichkeit, den Kreditnehmer zu debitiren, hat der Krediteröffnungsvertrag die nothwendige Verwirklichung in einem offenen Kreditverkehre noch nicht gefunden. Bei dem Krediteröffnungsvertrage tritt diese Ergänzungsbedürftigkeit durch andere Rechtsgeschäfte desshalb hervor, weil er seinen ökonomischen Schwerpunkt nicht in sich selbst trägt, weil er nicht dazu bestimmt ist, einen Komplex von sich selbst genügenden Rechtsbeziehungen zu schaffen, sondern weil er nur den Zweck hat, gewisse Wirkungen der von den Parteien später eingegangenen Rechtsgeschäfte durch die vereinbarte Kreditgewährung im Voraus zu modifiziren, so dass er gleichsam nur ein Register für andere Verträge, nur ein juristisches Gefäss abgibt, in welches die Resultate verschiedener anderer Geschäfte gegossen werden.

Die rechtliche Natur dieser im offenen Kreditverkehr abgeschlossenen Geschäfte bleibt trotz der Eintragung in den offenen Kredit unverändert. Wenn der Kreditgeber A als Kommissionär Waaren für den Kreditnehmer B einkauft und den B für den Kaufpreis debitirt, so ist durch diese Eintragung die Forderung des A aus der Einkaufskommission rechtlich nicht verändert. A debitirt den B ebenso, wenn er ihm die Waaren verkauft, allein juristisch stehen diese beiden Forderungen einander nicht gleich; im letzteren Falle ist die Forderung des A gegen B die des Verkäufers gegen den Käufer, im ersteren die des Kommissionärs gegen den Kommittenten. In Folge der Eintragung des Kaufpreises in das Debet des B ist also weder die Forderung aus dem Kommissionsgeschäfte erloschen, noch an deren Stelle lediglich eine neue Forderung aus dem offenen Kredit getreten; vielmehr haftet B einerseits auf Grund des Krediteröffnungsvertrags, so dass die einzelnen Posten nicht als ebensoviele selbständige Forderungen des Kreditgebers A in Betracht kommen, andererseits behalten die einzelnen Posten ihre besondere rechtliche Natur bei.

3. Die **Deckung**. Dieselbe kann sehr verschiedener Art sein; so kann der Krediteröffner zur Sicherung des Kredites gewisse Werthe als Depositen à Konto empfangen, welche er bloss als Aktivposten des Kreditnehmers in Rechnung führen, in der Regel auch verzinsen soll und mit denen er unter gewissen

---

[3]) Endemann in Zeitschr. f. H.R. IV S. 211, ders. H.R. § 143, § 146 II; Seufferts Arch. Bd. II Nr. 165, IV Nr. 32 (Dresden), XXII Nr. 121 (Rostock), XXVII Nr. 11 (Mannheim).

Voraussetzungen auch zu kompensiren berechtigt ist.[4]) Im Folgenden soll von der Sicherung des Kredites durch Pfand und Bürgschaft die Rede sein. Die rechtliche Natur dieser Garantien wird durch das offene Kreditverhältniss nicht verändert. In der Verbürgung oder anderweitigen Intercession für eine im offenen Kreditverkehre stehende Partei liegt die Erklärung, für das bei dem Rechnungsabschlusse resultirende und von dem Hauptschuldner anerkannte oder sonst festgestellte Ergebniss, den Saldo, schlechthin oder bis zu einem gewissen Maximalbetrage haften zu wollen.[5]) Zweifel erregt nur die Pfandbestellung,[6]) die sog. **Kredithypothek** für den bei Beendigung des offenen Kredites geschuldeten Betrag, mag nun das Pfandrecht an beweglichen[7]) oder unbeweglichen Sachen eingeräumt werden, insofern hier von der Annahme ausgegangen wird, dass das Pfand zu einer Zeit eingeräumt werde, wo eine Schuld faktisch oft noch nicht vorhanden sei, während es doch zur Giltigkeit der Verpfändung der Existenz einer Schuld und zur Wahrung der Priorität der vorausgehenden Existenz derselben bedürfen soll. Allein das Pfand wird nach der Absicht der Parteien überhaupt nicht für die einzelnen, künftigen Debetposten bestellt, sondern für den **Kredit** an und für sich; es soll daher nicht erst von dem Tage seine Rangordnung empfangen, an welchem in Realisirung des gewährten Kredites für den Pfandbesteller der erste Vorschuss gemacht, also die erste Debetpost begründet ist, sondern von dem Tage des Abschlusses des Krediteröffnungsvertrages selbst, da der durch denselben von der einen Partei versprochene, der anderen zugesicherte, in dem Saldo einen konkreten Ausdruck erhaltende Kredit im Ganzen als die Schuld anzusehen ist, welche nach der Absicht der Parteien durch das Pfand gedeckt werden soll.[8]) Was aber die eigentliche **Kredit-Hypothek**, also die Verpfändung unbeweglicher Sachen für einen eröffneten Kredit, betrifft, so kann ein Zweifel an der Möglichkeit der Bestellung oder an der Priorität nicht bestehen, da in dem modernen Immobiliarpfandrechte einerseits die accessorische Natur der Hypothek überhaupt nicht festgehalten erscheint, andererseits anerkannt ist, dass die Rangordnung sich nach der Reihenfolge der Eintragungen entscheidet, so dass selbst die für eine zukünftige Forderung bestimmte Hypothek von ihrer Stelle im Grundbuche datirt, also auch die Rangordnung empfängt, obgleich die Forderung erst, nachdem weitere Posten eingetragen waren, zur Existenz gelangt sein mag.[9])

---

[4]) Endemann, H.R. § 146 IV.

[5]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. Bd. 14 S. 397 fg., Endemann, H.R. § 144, IV C § 147 I, Seufferts Arch. VIII Nr. 159 (Mannheim).

[6]) Vgl. Litteratur bei Grünhut in Zeitschr. f. Priv.- u. öffentl. Recht der Gegenwart Bd. III S. 531 fg. Not. 160 u. 161.

[7]) Auch das Faustpfand wird als Kredithypothek bezeichnet. Thöl, H.R. S. 1052 Not. 25.

[8]) Dafür Brinckmann, H.R. § 129 Anm. 34, Endemann, Zeitschr. f. H.R. Bd. 4 S. 210, ders. H.R. § 146, Goldschmidt, Handb. § 87 S. 905 Not. 6, 6a, S. 910, Laband, Zeitschr. f. H.R. Bd. 9 S. 255; weitere Litteratur s. bei Grünhut l. c. Not. 163, dazu Supino N. 70 S. 520, s. unten § 432 Not. 1.

[9]) Vgl. Grünhut Not. 164.

Ist das Pfand für eine gewisse Summe als Maximum des zu gewährenden Kredits bestellt, so bleibt, wenn dieses Maximum überschritten wird, der überschüssige Rest unbedeckt; ist das Pfand für eine der Zeitdauer nach bestimmte Kreditgewährung bestellt, so ist es eine quaestio voluntatis, ob, wenn nach Ablauf dieser Zeit die Kreditgewährung fortgesetzt und der Saldo auf neue Rechnung übertragen wird, die Pfandbestellung auch das Endresultat der neuen Rechnungsperiode zu umfassen habe.[10]) — Was die Rangordnung dieses Pfandrechts betrifft, so fragt es sich, ob das Pfand als neu bestellt anzusehen sei oder als altes Pfand für den neuen Saldo zu gelten habe. Wenn auch der durch Pfand gedeckte alte Saldo als erste Post auf die neue Rechnung übertragen wird, so ist darin doch nicht eine Fortsetzung des alten Kredits, sondern die Gewährung eines neuen Kredits gelegen, deren Endresultat also nicht durch das alte Pfand, sondern durch die Bestellung eines neuen Pfandes gedeckt ist. —

E. Der Kontokorrentvertrag.[1])

§ 435.

1. Begriff und Wesen desselben.

Der Kontokorrentverkehr beruht auf dem Kontokorrentvertrag; dieser besteht in der Uebereinkunft zweier Personen, insbesondere zweier Kaufleute, sich **gegenseitig** für einen bestimmten Zeitraum rücksichtlich der während desselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bis zu einem bestimmten oder zu bestimmenden Betrage Kredit zu gewähren. Die Folge dieser das Kontokorrent-

---

[10]) Z. B. A vereinbart mit B eine zehnjährige Kreditgewährung mit periodischem, sechsmonatlichem Rechnungsabschluss und bestellt ein Pfand zur Sicherung der Saldoforderung des B; wird die Kreditgewährung nach Ablauf der zehn Jahre fortgesetzt, so dürfte der Wille der Parteien, hier, wo die Zeitbeschränkung nur den Zweck hat, dem Kreditgeber B nach Ablauf der zehn Jahre die Möglichkeit zur Abbrechung der Kreditbeziehungen zu geben, auch auf die Fortdauer der pfandrechtlichen Garantie gerichtet sein; anders wird die Entscheidung ausfallen, wenn ein dritter Verpfänder an Stelle des A zu Gunsten des B das Pfand bestellt.

[1]) Creizenach. Der kaufmännische Kontokorrent in seiner rechtlichen Bedeutung (mit erweitertem Inhalt aus dem Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. IV abgedruckt); Regelsberger im Arch. f. civ. Prax. Bd. 47 S. 153 ff.; Voigtel in Buschs Arch. IV S. 203, Koch ebd. IV S. 481, Wolff ebd. XI S. 81, ders. Bd. XII S. 83, Ladenburg im Centr.Org. f. d. d. H.- u. W.R. IV N. F. S. 173; Grünhut in der Zeitschr. f. d. Priv.- u. öffentl. Recht der Gegenwart III 473—534, daselbst eine geschichtliche Skizze S. 474—489. Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 317 S. 1049 ff., Endemann, H.R. § 144, ders. in Zeitschr. f. H.R. IV S. 204 ff. § 10, Gareis, H.R. § 73 S. 410, Dernburg, Preuss. Priv.R. II § 179 S. 447, die Komm. v. Hahn, Keyssner zu Art. 291 des H.G.B. Sehr reich ist die ausländische Litteratur; hervorzuheben sind insbesondere Delamarre et Lepoitvin dr. comm. III S. 421 ff. N. 315 ff., Bravard-Veyrières II p. 433 ff., Levy, Rekening-Courant (dazu vgl. jetzt die Uebersetzung von Riesser 1884); andere Litteratur bei Grünhut l. c. Not. 62; hinzuzufügen ist Geller in Wiener Jurist. Blätter Jahrg. VIII (1879) Nr. 8—12 (S. 91 ff.), Supino im Archivio giuridico Bd. 19 S. 457 ff. Lyon-Caen et Renault, Précis de droit commercial S. 792 ff.

verhältniss begründenden Uebereinkunft ist, dass die nach Ablauf der für die Abrechnung bestimmten Zeitperiode durch Kompensation der ganzen, zu einer untheilbaren Einheit verschmolzenen Debetmasse gefundene Differenz zwischen beiden eine einheitliche Forderung (einen Saldo) zu Gunsten des einen Theiles ausmacht.

Der Hauptvortheil des Kontokorrentverkehrs liegt darin, dass keiner von beiden im Kontokorrentverkehre stehenden Geschäftsfreunden die Vermögenswerthe, welche er dem anderen schuldet, unproduktiv aufzubewahren braucht, sondern dass jeder frei darüber verfügen kann und nur so viel bereit halten muss, um bei dem künftigen Rechnungs-Abschluss den fälligen Saldo bezahlen zu können. Durch den Kontokorrentverkehr wird aber nicht nur eine grosse Ersparung von Geldgebrauch für die „Werthaufbewahrung", sondern auch für den „Werthtransport" (**Knies**) durch die Vermeidung der Kosten und Gefahren der Versendung der Baarzahlung erzielt; sowie im Wechselverkehre zwei Plätze, welche sich gegenseitig etwas schulden, diese Schulden dadurch tilgen, dass sie nur den Ueberschuss der einen über die anderen zahlen, so verhält es sich auch im Kontokorrentverkehr.[2])

Der Kontokorrentverkehr ist zwar nicht auf den Handelsverkehr beschränkt, er kann in gleicher Weise vorhanden sein, mögen beide Theile zu dem Banquierstande oder zu einer anderen Klasse von Kaufleuten gehören.[3]) Auch ein Nichtkaufmann kann in einen eigentlichen Kontokorrentverkehr zu einem Kaufmann treten und sich jenen Rechtssätzen unterwerfen,[4]) welche das H.G.B. für den Kontokorrentvertrag unter Kaufleuten, ohne übrigens zwischen Vollkaufleuten und Kleinkaufleuten zu unterscheiden, aufgestellt hat. Seinen eigentlichen Platz hat er aber im grossen Handelsverkehre der Kaufleute; denn er ist der juristische Ausdruck des besonderen Bedürfnisses der Handelswelt nach Kredit. Wie immer nämlich die scheinbare Veranlassung des Kontokorrentvertrages beschaffen sein mag, in Wirklichkeit handelt es sich stets für beide Theile darum, das eigene Produktivvermögen und die eigene ökonomische Kraft zeitweilig durch die Einräumung der Gebrauchsbefugniss an fremden Vermögenstheilen zu erweitern und zu ergänzen. Im Kontokorrentverkehr wird der gegenseitige Kredit zur Ausführung verschiedenartiger Geschäfte angerufen und benutzt dadurch, dass die gegenseitigen Forderungen und Schulden als Posten des Debet und Kredit in Rechnung gestellt werden, dass die gegenseitige Bezahlung nicht sofort verlangt wird, sondern dass zeitweilig der Kredit die Stelle der thatsächlichen Bezahlung einnimmt.

Um die gegenseitigen Beziehungen leichter regeln und den unaufhörlichen

---

[2]) Rau, Volkswirthschaft I § 66, Knies, Kredit S. 268 ff.

[3]) R.O.H.G. Bd. 2 S. 443, Bd. 12 S. 72, Bd. 14 S. 70, Bd. 15 S. 277; Seufferts Arch. Bd. 17 Nr. 35 (Dresden), Bd. 23 Nr. 160 (Wolfenbüttel); Spruchkolleg. Heidelberg Zeitschr. f. H.R. Bd. 10 S. 553; dagegen Creizenach S. 6 ff.

[4]) Creizenach, Zeitschr. f. H.R. Bd. 4 S. 127, Endemann H.R. § 144 IV C. Anm. 26, Thöl H.R. § 317 S. 1051 Not. 20, Keyssner, Komm. zu Art. 291, R.O.H.G. Bd. 11 S. 142, Bd. 14 S. 70, Bd. 15 S. 30, Bd. 16 S. 30.

Fluktuationen eines solchen Rechnungsverhältnisses rascher folgen zu können, bedient man sich im Verkehre eines gewissen Rechnungs-Mechanismus, welcher es möglich macht, einerseits in jedem Augenblick das genaue Resultat der Geschäftsbeziehungen ziffermässig festzustellen, andererseits Zinsen, Provisionen und andere Nebengebühren als accessorische Elemente auf bequeme Weise in die Rechnung hineinzubringen.[5]) Es wäre aber ganz verfehlt, wenn man in

---

[5]) Die Kontokorrentberechnung unterscheidet sich von der gewöhnlichen Berechnung durch eine Kolonne für die Angabe der „Skadenz" einer jeden Post und damit der Anzahl Tage, während welcher die Zinsen derselben zu laufen haben und durch eine Kolonne für die durch Multiplikation einer jeden Post mit der dazu gehörigen Anzahl Tage und Division durch 100 gefundenen sogenannten Nummern, Nombres, Zinszahlen. Um die Zinsen zu berechnen, werden die Nummern durch den die Zinsen für je einen Tag anzeigenden Nenner*) dividirt, d. h. durch 60 für 6 %, 72 für 5 %, 90 für 4 %, 120 für 3 % u. s. w.

Ausser diesen allen Kontokorrentberechnungen gemeinschaftlichen Merkmalen gibt es verschiedene mehr oder weniger vollkommene Methoden für die Berechnung, von welchen besonders zu erwähnen sind:

1. Die Staffelrechnung (la méthode hambourgeoise), bei welcher so oft, als eine neue Post eintritt, die Bilanzirung der Rechnung und somit successive die Ermittelung des weiter zu verzinsenden Saldo erfolgt; z. B. die Rechnung beginnt mit einer Kreditpost von 1000; 20 Tage später ist eine Debetpost von 500 einzutragen; es wird die Zahl 20 in die Tagkolonne, 200 $\left(\frac{1000 \times 200}{100}\right)$ in die Nummernkolonne geschrieben und der Saldo von 500 (1000—500) weiter verzinst; angenommen, dass 20 Tage später eine neue Post von 2000 in das Kredit tritt, so wird die Zahl 20 in die Tagkolonne, 100 $\left(\frac{500 \times 20}{100}\right)$ in die Nummernkolonne eingetragen und der neue Saldo von 2500 bis zu dem Eintritt einer neuen Post weiter verzinst u. s. w. Es gibt verschiedene Arten der Staffelberechnung; ist der Zinsfuss für beide Theile verschieden, so sollte stets nach der Staffel gerechnet werden.

2. Die progressive Methode, bei welcher ohne jedesmalige Saldoermittelung für jede in die Rechnung gebrachte Post von dem Tage des Eintrittes bis zum Rechnungsabschluss Zinsen berechnet werden. Ist z. B. in dem Beispiele (sub I) nach der ersten Kreditpost von 1000 eine Debetpost von 500 eingetreten, so werden die Zinsen dann nicht, wie bei der Staffelrechnung, nur von dem Kreditsaldo von 500, sondern sowohl von der Kreditpost von 1000, als auch von der Debetpost von 500 berechnet; in der Schlussbilanz werden die auf der einen Seite zu viel berechneten Zinsen durch die gleichen, unterdessen auf der anderen Seite aufgelaufenen Zinsen aufgewogen. Tritt der Verfalltag eines zur Einkassirung übersendeten Werthpapieres erst nach Rechnungsabschluss ein, so sind wie bei jeder Eskomptirung die Zinsen der Zwischenzeit — zwischen Rechnungsabschluss und Verfalltag — abzuziehen, nicht hinzuzufügen; die hiefür in die Nummernkolonne einzutragenden Nummern werden roth geschrieben und abgezogen oder, was zu dem gleichen Resultate führt, aus der Nummernkolonne des Debet in die des Kredit und umgekehrt übertragen und zu den anderen (schwarzen) Nummern addirt. Die Berechnung der Tage und Nummern erfolgt für alle Posten gleichzeitig erst bei dem Rechnungsabschlusse, was leicht zu dieser Zeit eine missliche Ueberbürdung mit Arbeit verursachen kann.

---

*) Dieser Nenner wird nach der Formel $\frac{\text{Kapital} \times \% \times \text{J. (Jahr)}}{100 \times 360}$ berechnet.

diesen Rechnungs-Mechanismus den juristischen Schwerpunkt des ganzen Rechtsinstitutes verlegen wollte.

Ein Kontokorrentverhältniss kann juristisch vorhanden sein, mag auch die übliche Rechnungsform nicht benutzt werden und das gewöhnliche Schema mit Debet und Kredit in dem beiderseitigen Verkehre gänzlich fehlen, es ist damit sogar ein vollständiger Mangel an Schriften vereinbar, wenn nur nach dem Willen der Parteien ein Kontokorrentverhältniss anerkannt und zur Ausführung gebracht werden soll. Ist das Kontokorrentverhältniss einerseits nicht durch das Vorhandensein des gewöhnlichen schriftlichen Rechnungsmechanismus bedingt, so ist es andererseits mit demselben keineswegs schon gegeben. Daraus allein, dass zwei Personen, insbesondere zwei Kaufleute, welche in dauernden Geschäftsbeziehungen zu einander stehen und einander nur hie und da bezahlen, die Resultate der mit einander abgeschlossenen Handelsoperationen in der bei dem Kontokorrentverkehr üblichen schematischen Form des Debet und Kredit verrechnen, kann durchaus nicht geschlossen werden, dass sie juristisch im Kontokorrentverhältniss stehen;[6]) sobald eine darauf gerichte Uebereinkunft der Parteien nicht vorliegt, so kann die blosse Rechnungsform das Kontokorrentverhältniss nicht ins Leben rufen. Im Handelsverkehre bedient man sich dieser Form der Rechnungsführung nicht selten wegen der mit derselben verknüpften Bequemlichkeit. die Zinsen u. s. w. in die Rechnung zu bringen, ohne dass man daran dächte, die juristischen Wirkungen des Kontokorrentverhältnisses hervorzubringen. Entscheidend aber ist allein der Wille der Parteien; wo die Form des Kontokorrents im Geschäftsverkehre zweier Parteien vorliegt, sind die

---

3. Die retrograde Methode, bei welcher angenommen wird, dass alle Posten während der ganzen Rechnungsdauer Zinsen getragen haben, so dass die Zinsen einer jeden Post rückwärts von dem Tage des Rechnungsbeginnes (Epoche) angefangen berechnet und die Zinsen, welche von dem Tage des Rechnungsbeginnes bis zum wirklichen Eintritte einer Post in den Kontokorrent in Wahrheit zu laufen hatten, abgezogen werden; z. B. die Rechnung beginnt am 1. Januar und schliesst am 30. Juni; man geht von der Annahme aus, dass alle Posten Zinsen vom 1. Januar bis zum 30. Juni getragen haben; ist aber eine Post erst am 15. Januar eingetreten, so sind die Zinsen für 15 Tage abzuziehen u. s. w.; gleich bei dem Eintritte einer jeden Post lassen sich die Zinsen berechnen, welche sie seit dem Rechnungsbeginne hätte tragen können, und welche man künftig bei dem Rechnungsabschlusse abziehen muss; ist z. B. eine Post von 1000 am 15. Januar eingetreten, so ist die Zahl 15 in die Tag- und 150 in die Nummernkolonne einzustellen u. s. w. Die Rechnung kann auf diese Weise immer zur Saldirung bereit gehalten werden, auch vermeidet man hier die rothen Nummern, da ja alle Nummern abzuziehende Zinsen repräsentiren und da man für Werthpapiere, welche erst nach dem für den Abschluss der Rechnung bestimmten Zeitpunkte verfallen, die ausserhalb dieses Zeitpunktes gelegenen Tage zu der Rechnungsdauer addiren und so die Nummern finden kann; z. B. die Rechnung dauert 6 Monate (180 Tage), eine Tratte verfällt 15 nach Rechnungsabschluss; in die Tagkolonne ist die Zahl 195 einzutragen und hierauf die Nummernzahl zu berechnen.

6) Delamarre et Lepoitvin N. 335, Bravard S. 434, Levy 140, Creizenach S. 30, R.O.H.G. Bd. 2 S. 442. Bd. 3 S. 1, S. 148, Bd. 6 S. 251, 257, Bd. 7 S. 376, Bd. 9 S. 243, Bd. 12 S. 71, 155.

juristischen Wirkungen des Kontokorrents nur dann als vorhanden anzunehmen, wenn die Hervorbringung dieser Wirkungen in der Absicht der Kontrahenten gelegen und von denselben übereinstimmend gewollt ist.

Wenn A und B mit einander vereinbaren, dass jeder von beiden über die Vermögenswerthe, welche er dem anderen in Folge gewisser, während einer bestimmten Zeitperiode eingegangenen Rechtsgeschäfte schulden sollte, nach seinem Belieben verfügen könne, nur mit der Verpflichtung, dass jeder sich für die ihm von dem andern zur freien Disposition gestellten Vermögenswerthe als Schuldner anerkenne, d. h. sich durch das Kredit des anderen debitire, so liegt in dieser Vereinbarung die Uebereinkunft gegenseitiger Kreditgewährung, der Abschluss einer ökonomischen Verbindung, für welchen der juristische Ausdruck der Kontokorrentvertrag ist. In abwechselnder Ordnung stellt A dem B und B dem A je nach der Reihenfolge der sich in Empfang und Ausgabe von Geld auflösenden Negotiationen einen Theil seines Vermögens zur unbeschränkten Verfügung und erweitert dadurch das eigene werbende Vermögen des anderen, jeder gewährt also dem anderen Kredit für diesen Theil seines Vermögens. Die Folge ist, dass die während dieser Zeitperiode abgeschlossenen Rechtsgeschäfte juristisch nicht isolirt und selbständig geltend gemacht werden können, dass die aus diesen Rechtsgeschäften entstandenen Forderungen insoweit ihre juristische Individualität verlieren und dass nur die in Geldsummen ausgedrückten ziffermässigen Resultate dieser Rechtsgeschäfte, in zwei Massen unter den Bezeichnungen Debet und Kredit verschmolzen, als Faktoren einer Schlussziffer erscheinen, welche allein zu dem von den Parteien bestimmten Zeitpunkte exigibel ist.

Von einem eigentlichen Kontokorrentverkehre kann nur dann die Rede sein, wenn die Vereinbarung auf gegenseitige Kreditgewährung gerichtet ist, mag immerhin in Folge der verschiedenen wirthschaftlichen Stellung der Kontrahenten das Kreditbedürfniss ungleich vertheilt sein und der Kredit daher von jeder Seite in ungleichem Maasse in Anspruch genommen werden. Eine solche Ungleichheit kommt in dem Verhältnisse zwischen Banquier und Kaufmann nicht selten vor; sie ist durch die ökonomische Stellung des Banquiers im Handelsverkehre begründet; für die juristische Seite des Kontokorrentverkekrs ist aber jene Ungleichheit ohne Bedeutung; es genügt, dass die Kreditgewährung nach der Verabredung eine gegenseitige sein soll, mag auch der Kaufmann im Laufe seiner Geschäftsbeziehungen mit dem Banquier nur selten oder gar nicht im Vorschuss sein.

Der Kontokorrentverkehr kann ausdrücklich oder stillschweigend verabredet werden.[7]) Wenn A dem B und ebenso B dem A wiederholt Vermögenswerthe, z. B. Werthpapiere übersendet, ohne sich die Verfügung über dieselben oder deren Aequivalent vorzubehalten oder dafür eine bestimmte Verwendung vorzuschreiben, so kann eine Reihe gegenseitiger Kreditgeschäfte vorliegen, welche

[7]) Creizenach S. 29, Endemann, H.R. § 144 II, Delamarre et Lepoitvin, Nr. 323, Dalloz. Rép. § 1 Nr. 22—28, Levy § 55, O.A.G. Dresden, Zeitschr. f. H.R. Bd. 15 S. 552, R.O.H.G. III. Bd. S. 443, VI. Bd. S. 258, XI. Bd. S. 142.

nach der aus den Umständen zu erschliessenden Absicht der Parteien im Kontokorrente zusammengefasst werden sollten. Ebenso kann, wenn auch in der besonderen Rechnungsform das Wesen des Kontokorrente nicht gelegen ist, doch vielleicht aus dem Umstande, dass solche Rechnungen von beiden Seiten gewechselt wurden, auf das Vorhandensein eines Kontokorrentvertrages geschlossen werden. Maassgebend ist die Absicht der Parteien; es ist eine quaestio voluntatis, ob sie einander Kredit gewähren wollten oder nicht. Verabredungen in Beziehung auf die Dauer, die Höhe der gegenseitigen Kreditgewährung und den Kreditpreis sind wichtig, aber nicht nothwendig.

Sobald die Parteien einen Kontokorrentvertrag abgeschlossen, also gegenseitige Kreditgewährung einander versprochen haben, so sind sie zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet und können desshalb resp. wegen Ersatz des Interesses eventuell auch vor Gericht belangt werden; es gelten hier dieselben Grundsätze, wie bei dem Versprechen der einseitigen Krediteröffnung. Ist über die Höhe des zu gewährenden Kredites nichts bestimmt, so entscheidet darüber das richterliche, durch die Erwägung aller Umstände geleitete Ermessen. Der Richter wird im Zweifel davon ausgehen, dass der Betrag durch den auf dem Vertrauen beruhenden Willen der weiteren Kreditgebung bestimmt werde, da keine Partei zur Kreditgebung verpflichtet sei, sobald das Vertrauen aufgehört habe, dass also jede Partei in solchem Falle ihre Kreditposten schliessen könne, dass aber immer, was kreditirt sei, bis zum Rechnungsabschluss kreditirt sei.[8])

Ist auch der Kontokorrentvertrag an und für sich verpflichtend, so kann von einem Kontokorrentverkehr doch erst dann die Rede sein, wenn in Folge später abgeschlossener Geschäfte der Kontokorrentisten wirklich Vermögenswerthe von dem einen Theil dem anderen zur freien Verfügung gestellt sind, so dass die Möglichkeit zu kreditiren und zu debitiren gegeben ist;[9]) es gilt hier dasselbe wie bei dem offenen Kredit. Ganz gleichgiltig ist es, ob aus einem Geschäft eine Debet- oder Kreditpost resultirt, denn was für den einen Theil Debet, ist für den anderen Kredit und umgekehrt. Auch hier gilt der Satz, dass die rechtliche Natur der im Kontokorrentverkehr abgeschlossenen Geschäfte trotz der Eintragung in den Kontokorrent unverändert bleibt, dass in Folge der Ein-

---

[8]) Thöl, H.R. S. 1051.

[9]) Die Uebertragung der Vermögenswerthe kann unmittelbar oder mittelbar erfolgen; unmittelbar z. B., wenn A seinem Korrespondenten B Geld oder Werthpapiere übersendet oder wenn A seinen Kommissionär B ermächtigt, den Erlös der kommissionsweise verkauften Waaren in den Kontokorrent einzutragen; oder wenn A legitimirter Inhaber eines von B ausgestellten Wechsels ist und diesen, ohne den Betrag empfangen zu haben, quittirt dem B zurückstellt; mittelbar, so dass an Stelle der Zustellung ein Aequivalent tritt, z. B. wenn A im Auftrage des B für B oder C 1000 an D bezahlt; mit Beziehung auf B hat diese Zahlung dasselbe Resultat, wie wenn A diese 1000 direkt an B und dieser sie hierauf an D gesandt hätte; ebenso wenn A einen von B auf ihn gezogenen Wechsel bezahlt, ohne von B Deckung empfangen zu haben, oder wenn A in seinem Kontokorrent mit X einen Kreditsaldo von 1000 hat und im Einverständniss mit B den X beauftragt, an seiner Stelle den B dafür zu kreditiren.

tragung an deren Stelle nicht etwa eine neue Forderung aus dem Kontokorrentvertrage getreten sei.[10])

Die Kreditgewährung findet in dem Kontokorrentverkehr in der Regel gegen ein Aequivalent, einen Kreditpreis, statt, doch ist dies nicht wesentlich; das juristische Wesen des Kontokorrentverkehrs wird nicht beeinflusst, wenn auch der Kredit geschenkt wird.[11])

In Ermanglung einer entgegengesetzten Vereinbarung wird nach einem konstanten Handelsgebrauche[12]) angenommen, dass Zinsen für alle in die Kreditseite einer Partei eingetragenen Posten ipso jure von dem Tage des gewährten Kredites an zu Gunsten dieser Partei zu laufen haben[13]) als der Kreditpreis, welchen derjenige bezahlt, dem eine freie Verfügung über die Summen gesichert ist, für welche er debitirt wird und welche der Kreditirte bis zum Tage des Rechnungsabschlusses zu fordern nicht berechtigt ist.[14]) Diese Zinsen sind hier ebensowenig, wie bei dem offenen Kredit, als Zinsen von Darlehen anzusehen, da nicht jede Zustellung im Kontokorrentverkehr als ein Darlehen, und der Saldo nicht als das Resultat einer Reihe von gegenseitigen Darlehen aufgefasst werden kann. Der Wille der Parteien ist im Kontokorrentverkehr nicht auf den Abschluss vervielfältigter Darlehen gerichtet, sondern darauf, dass als Gegenwerth der in Geld, Werthpapieren, Waaren gemachten Zusendungen eine **Debet-** resp. **Kreditpost** gegeben werde, dass die Gesammtheit der Debet- und Kreditposten bei Abschluss der Rechnung kompensirt und dass nichts geschuldet werde, als der durch diese Kompensation gefundene Ueberschuss. Jeder von Beiden macht je nach seinem Bedürfnisse oder seiner Bequemlichkeit Zustellungen, keiner von Beiden ist Darlehensgläubiger oder Darlehensschuldner, erst bei dem Rechnungsabschlusse zeigt sich, wer aus dem Kontokorrente überhaupt Gläubiger, wer Schuldner geworden ist.[15]) Kann daher im Kontokorrentverkehr eigentlich nur von Kredit und Kreditpreis, nicht von Darlehen und Darlehenszinsen die Rede sein, so erklärt es sich, dass das für Zinsen bestehende Verbot des Anatocismus seit jeher gewohnheitsrechtlich hier nicht zur Anwendung kam, ein Gewohnheitsrechtssatz, welcher durch Art. 291 H.G.B. fixirt erscheint.[16])

---

[10]) Für Novation durch die Eintragung Delamarre et Lepoitvin, dr. comm. V. N. 255 S. 282 fg., Bravard, dr. comm. II S. 440, Boistel, dr. comm. S. 599, Lyon-Caen et Renault S. 808; dagegen Levy S. 258, Borsari I S. 310 Nr. 355, Creizenach S. 18, Dernburg, Komp. S. 592, R.O.H.G. Bd. 3 S. 143, Bd. 6 S. 252, Bd. 9 S. 217; vgl. franz. Cass. v. 1876 in Zeitschr. f. H.R. Bd. 24 S. 592.

[11]) Keyssner, Comm. l. c. § 9.

[12]) Creizenach S. 63, R.O.H.G. Bd. 11 S. 143. Grünhut l. c. Not. 72, Supino S. 511 Nr. 56.

[13]) Daher Compte courant et d'interêts genannt. Delamarre et Lepoitvin Nr. 337, Bravard II S. 447.

[14]) Handelt es sich um Werthpapiere, welche sofort eingetragen, aber erst später fällig werden, so werden vorläufig bis zum Zahlungstage keine Zinsen für solche Posten berechnet. Dalloz, Rép. § 3 N. 84, 85.

[15]) Gegen die Auffassung als Darlehn Creizenach S. 16, 86, Levy §§ 48—51, Delamarre et Lepoitvin III Nr. 340 S. 450, Bravard II S. 436.

[16]) Vgl. Grünhut Not. 76.

Die Parteien können übrigens vereinbaren, dass der Kreditpreis für beide Theile verschieden sein soll;[17] so stipulirt der Banquier gegenüber dem Kaufmanne zu seinen Gunsten oft einen höheren Kreditpreis; es kann verabredet werden, dass die Gewährung des Kreditpreises erst einige Tage nach gemachter Zustellung beginnen soll, um die nöthige Zeit für die produktive Verwendung zu erhalten u. s. w.

Ausser dem Kreditpreise werden häufig auch noch andere Gebühren ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, insbesondere eine **Provision** als Entgelt für die bei Anschaffungen, sei es als Debet- oder Kreditposten (recouvrements Einkassirungen für den Korrespondenten), geleisteten Dienste, für die Banquierthätigkeit (Korrespondenz, Buchung etc.). Ist nichts besonders vereinbart, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze über Provision. Demnach kann dieselbe in der Regel nur für jene Posten, bei denen ein Aufwand **besonderer** geschäftlicher Mühewaltung erforderlich war und von diesen Posten nur einmal begehrt werden. Der Banquier hat daher für seine Zahlungen immer, für die Einzahlungen des Korrespondenten nur dann eine Provision zu beanspruchen, wenn mit dem Empfang derselben eine besondere Leistung verknüpft ist. Daher darf von dem Saldo, in dem ja schon die Provision enthalten ist, Provision nicht gefordert werden, da das Saldoziehen an und für sich allein nicht als ein dem Korrespondenten geleisteter Dienst angesehen werden kann.[18] Nicht selten wird aber, im Zweifel jedoch nur zu Gunsten des Banquiers, die Provision sowohl von dem Saldo, als auch von allen Posten des Kontokorrente berechnet, also auch von jenen, wo eine besondere Thätigkeit des Banquiers nicht hervortritt; in Wahrheit bildet dann diese als Provision bezeichnete Vergütung nur ein Element des Kreditpreises, der treffender in einer Gesammtziffer bestimmt werden könnte, hier aber usancegemäss in den Hauptbetrag und in die Zulage zerlegt wird. Die Provision wird nach Prozenten von dem Betrage des Geldumsatzes und zwar je nach den Umständen bald für die **einzelnen** Geschäfte speziell, bald für die Differenz zwischen der Debet- und Kreditseite, bald nur für den Debetsaldo des Korrespondenten, also zu Gunsten des Banquiers, berechnet.[19] Zuweilen wird auch ein **Escompte** berechnet als ein mit Rücksicht auf den späteren Verfalltag am Nominalbetrage des in das Kredit des Einsenders schon am Tage der Zustellung einzutragenden Werthpapiers gestatteter Abzug, so dass das Werthpapier nur in reduzirtem Betrage in das Kredit eintritt, insoweit aber zu dem vereinbarten Zinsfuss sofort Zinsen zu tragen beginnt.[20]

---

[17]) Z. B. 3½ Proz. u. 5 Proz. R.O.H.G. Bd. XXII S. 72—76, Thöl, H.R. S. 1052.

[18]) R.O.H.G. Bd. 22 Nr. 18 S. 72.

[19]) Creizenach S. 91 fg. Borsari I Nr. 356.

[20]) Creizenach S. 81, 85, Bravard S. 448, Boistel S. 602, Borsari I Nr. 356, S. 310, Dalloz, Rép. § 3 Nr. 109—119.

§ 436.

2. Wirkungen des Kontokorrentvertrages.

Dadurch dass die Forderungen, welche aus den im Kontokorrentverkehr abgeschlossenen Geschäften hervorgegangen sind, als (Debet- und Kredit-) Posten in den Kontokorrent eintreten, erscheinen sie als die Elemente einer Schlussziffer (des Saldo), auf welche sie als auf das Endziel hinweisen, als Faktoren einer untheilbaren Gesammtforderung, welche erst als Ganzes in Betracht kommt und geltend gemacht werden kann. So werden die einzelnen Forderungen durch den Kontokorrent zu einem einheitlichen Ganzen zusammengefügt und in einen solchen Nexus gebracht, dass sie ihre sonstige Selbständigkeit und individuelle Existenz verlieren.[1]) Diese Wirkung ergibt sich als eine nothwendige Folge der vereinbarten gegenseitigen Kreditgewährung, denn der Zweck dieser Kreditgewährung wird nur dann erreicht, wenn beide Parteien für eine gewisse Zeit von der Nothwendigkeit befreit werden, ihre gegenseitigen Forderungen, deren Zifferbeträge als (Debet- und Kredit-) Posten in der Rechnung ihren Platz einnehmen, zu erfüllen, wenn sie erst nach Ablauf dieser Zeit die beiderseitigen Beziehungen auf einmal zu übersehen und zu regeln haben. Die Parteien wollen daher die Erfüllung der als (Debet- und Kredit-) Posten in den Kontokorrent übergegangenen gegenseitigen Obligationen, solange die Rechnung läuft, in suspenso lassen und dadurch gewisse Rechtsfolgen ausschliessen, welche sich geltend machen würden, wenn die einzelnen Posten selbständig in Betracht kämen. In der Zwischenzeit — bis zum Rechnungsabschluss, solange also die Rechnung läuft, — ist alles im Fluss und trägt nur einen provisorischen Karakter; stets können neue Debet- und neue Kreditposten entstehen, kann der eine Theil in der Kreditgewährung den anderen überholen oder hinter ihm zurückbleiben; in jedem Augenblick können sich daher die Faktoren für dasjenige ändern, was bei dem Rechnungsabschlusse definitiv als Forderung oder Schuld gelten soll; erst bei dem Rechnungsabschluss stellt sich heraus, wer Gläubiger, wer Schuldner ist.[2])

Mit der Absicht der gegenseitigen Kreditgewährung ist es unvereinbar, dass diese oder jene durch einen Vorschuss von der einen Seite erzeugte Kreditpost zur Tilgung dieser oder jener bestimmten Debetpost verwendet werde[3]) und dass die Kompensation etwa so oft und so weit eintrete, als eine Debet- und eine Kreditpost einander gegenüberstehen, denn die Kompensation wirkt, wenn sie auch von der Zahlung juristisch verschieden ist, ökonomisch doch als

[1]) Keller, Pandekten I 576: Die Geschäfte stehen im innigsten Verband unter einander, sie sind nicht dazu bestimmt, einzeln irgend eine rechtliche Wirkung zu äussern, sondern nur in ihrer Einheit und Konzentrirung, d. h. in ihrem Saldo.

[2]) R.O.H.G. Bd. 17, S. 124, Grünhut Not. 89.

[3]) Vereinbaren die Parteien, dass diese oder jene Kreditpost zur Tilgung dieser oder jener Debetpost bestimmt sein soll, so liegt darin eine gültige Uebereinkunft über die Ausscheidung der betreffenden Posten aus dem Kontokorrent. Vgl. Dalloz Nr. 55.

Befriedigungsmittel gleich der Zahlung[4]); durch die Zahlung würde aber dem Laufe der Rechnung ein Ende gemacht, der Kontokorrente also begrifflich beseitigt. Die Parteien wollten ja aber gerade, dass ihre Rechnung eine gewisse Zeit hindurch laufe, dass sie nur nach Ablauf dieser Zeit in ihrem Lauf aufgehalten (saldirt) werde und dass sie in der Zwischenzeit einander keine Zahlung leisten, ihre gegenseitigen Ansprüche nicht befriedigen sollten; desshalb eben kamen sie überein, einander Kredit zu gewähren. Das einzige Mittel, dieses ökonomische Ziel zu erreichen, liegt aber in der Vereinbarung, dass die ganze Reihe successiver als Debet- und Kreditposten erscheinender Operationen erst zur Zeit des Rechnungsabschlusses in eine Debet- und Kreditsumme verschmolzen werde, dass, soweit diese Summen einander decken, die gegenseitigen Obligationen getilgt sein sollen und dass nur der Rest einen zu empfangenden oder zu bezahlenden Saldo zu bilden habe.[5]) Diese Art der vereinbarten Kompensation, welche im Grossen und auf einmal für das ganze Debet gegenüber dem ganzen Kredit, soweit sie einander decken, nicht für eine oder mehrere individuell betrachtete Posten des Debet und Kredit liberatorisch wirkt, ist allein mit der Natur des Kontokorrentvertrages vereinbar. Keine einzige Post soll früher kompensirt werden als die andere, sie stehen in diesem Punkte alle auf gleichem Fusse, für alle besteht ein gleiches Recht auf Kompensation, wie sie ja alle in derselben Absicht der gegenseitigen Kreditgewährung gemacht sind; das Resultat dieser Kreditgewährung kann aber erst beim Rechnungsabschlusse beurtheilt werden; dieser ist es, welcher den Lauf der Kreditgewährung abschliesst, die Stellung beider Theile klar stellt, die gegenseitige Debet- und Kreditmasse kompensabel macht, und aus welchem sich daher allein bestimmen lässt, wer in Folge der vereinbarten allgemeinen Kompensation zu fordern oder zu zahlen hat.

Der Kontokorrentvertrag hat also eine Verschmelzung aller im Debet und Kredit eingetragenen Operationen zur Folge, welche wegen ihrer bis zum Rechnungsabschlusse fortdauernden Fluktuationen zusammen ein untheilbares Ganze bilden[6]), dessen Elemente alle unter einander verkettet sind. So lange die Rechnungsperiode läuft, gibt der Kontokorrent nur ein provisorisches Resultat, erst wenn jene abgeschlossen ist, stellt dieser einen definitiven Saldo dar.

Aus dieser Untheilbarkeit des Kontokorrente ergibt sich, dass, so lange die Rechnung läuft, also während der Rechnungsperiode vor dem Rechnungsabschluss, keine einzige Debet- oder Kreditpost aus der Masse losgelöst werden kann[7]), sie hat ihre Individualität verloren und kommt nur als Theil eines

---

[4]) Dernburg, Komp. S. 312.

[5]) „Der Saldo ist nicht das Resultat einer Reihe von Kompensationen oder theils Kompensationen, theils Zahlungen, sondern eines einfachen Rechenexempels, nämlich der Addition der Kreditsummen oder, was gleich ist, der Debetsummen eines jeden, welche zwei Gesammtsummen, die beiden Abschlusssummen, ergibt und der Subtraktion der geringeren Abschlusssumme von der grösseren.“ Thöl S. 1053; Dernburg S. 447.

[6]) Goldschmidt in Zeitschr. f. H.R. Bd. 16 S. 406 Anm.

[7]) Dies gilt auch rücksichtlich der Wechselforderungen und der Ansprüche aus indossablen, kaufmännischen Verpflichtungsscheinen Thöl S. 1052, Keyssner, Komm. § 7, Riesser S. 114 Not. a; anders R.O.H.G. II 137, III N. 30 S. 143, V N. 74 S. 340,

Ganzen, des Saldo in Betracht.[8]) Keine einzige Kreditpost kann daher speziell mit einer bestimmten Debetpost kompensirt werden, obwohl alle Debet- und Kreditposten dazu bestimmt sind, sich bei dem Rechnungsabschluss in ihrer Gesammtheit zu kompensiren; in Folge dessen läuft der Kreditpreis für jede Post — vielleicht in verschiedenem Maasse — von dem Tage der Entstehung der Verbindlichkeit bis zum Rechnungsabschlusse, ganz ohne Rücksicht darauf, ob eine entgegenstehende Post in den Kontokorrent eingetreten ist oder nicht; träte die Kompensation so oft und so weit ein, als Kredit- und Debetpost einander gegenüberstehen, so müsste der Lauf des Kreditpreises den Schwankungen des Kredit und Debet je nach der Kompensation der gegenseitigen Forderungen folgen.[9]) Wie keine einzelne Post Objekt der Kompensation, ebenso wenig kann sie vereinzelt Objekt der Cession oder einer eigentlichen Zahlung sein. Die durch das Civilrecht[10]) für Anrechnung von Zahlungen aufgestellten gesetzlichen Regeln finden hier keine Anwendung.[11]) Keine einzelne Post kann als Grundlage einer Klage oder Einrede gebraucht werden, da die Geltendmachung wegen der Kreditgewährung eine verfrühte wäre, daher auch vor dem Rechnungsabschluss eine Verjährung der dazu gehörigen Posten unmöglich ist. (Agere non valenti non currit praescriptio.[12]) Ebenso wenig kann eine einzelne Kreditpost von den Gläubigern des Kreditirten in Exekution gezogen werden.[13]) Die Wirkungen, welche den verschiedenen in den Kontokorrent

---

XXII N. 79 S. 337, welches denselben eine exceptionelle Stellung einräumen und sie nur dann von der separaten Einklagung ausschliessen will, wenn dies von den Kontrahenten beabsichtigt war; ebenso Gareis, H.R. S. 411.

[8]) R.O.H.G. Bd. 2 S. 138, III S. 148, V S. 42, VI S. 250, XII S. 156, XIV S. 70, XV S. 306, 310, XVI S. 307, 309, XX S. 105, Ob.App.G. Dresden v. 1857 in Zeitschr. f H.R. II 436, Ob.Tr. Berlin ebd. XV 540, österr. oberst. Ghf. v. 1857 in Glaser-Unger I Nr. 470, v. 1873 in Adler-Clemens III Nr. 457.

[9]) Ist der Kreditpreis für beide Theile gleich, so führt die Kontokorrentrechnung praktisch zu dem gleichen Resultate, wie wenn eine Aufrechnung der einzelnen Posten gegen einander stattgefunden hätte; denn einerseits bringt die früher bestehende Kontokorrentpost nach wie vor dieselben Zinsen hervor, andererseits trägt die neu eintretende Kontokorrentpost die gleichen Zinsen, so dass sich die beiden Ergebnisse gegenseitig paralysiren. Dalloz § 3 Nr. 103.

[10]) R.O.H.G. Bd. 19 S. 249; §§ 1415, 1416 österr. bürgerl. G.B.; I 16 §§ 149—159 preuss. Landr., §§ 977—980 sächs. Gb., Art. 1253—1256 Code civil, vgl. dazu Cass. v. 1873 in Zeitschr. f. H.R. Bd. 22 S. 249 b), Art. 1255—1258 Codice civile (dazu Supino Nr. 51 S. 506).

[11]) App.G. Celle in Zeitschr. f. H.R. XII S. 208, Creizenach S. 43, 74, Henrici im Jahrb. f. Dogm. XIV S. 472 u. Anm. 41, Bravard II S. 442, Lyon-Caen et Renault S. 811, Boistel S. 595, Massé IV Nr. 2178, 2275, Dalloz § 2 Nr. 50—53, Levy S. 312, Borsari I Nr. 349 S. 306. Anders Regelsberger, Arch. f. civ. Prax. Bd. 47 S. 166, Seufferts Arch. XX Nr. 245 (Dresden).

[12]) Creizenach S. 57, Dernburg § 179 S. 446, Lyon-Caen et Renault S. 814, Boistel S. 595, Levy S. 246, Seufferts Arch. Bd. 23 Nr. 160. Vgl. noch Grünhut Not. 96.

[13]) Dernburg § 179 S. 446, Creizenach 59, Bravard II S. 443, Boistel S. 595, Borsari I S. 307 Nr. 350, Dalloz, Rép. § 2 Nr. 56.

gebrachten Obligationen für sich allein genommen sind, müssen auf den Saldo übertragen werden; er allein kann bei dem Rechnungsabschluss geltend gemacht werden, er allein kann das Objekt einer eigentlichen Zahlung, einer Kompensation und Cession sein, er allein kann in Exekution gezogen werden und durch Verjährung erlöschen.[14]) Die Verjährung unterliegt nicht den etwa kürzeren Fristen der einzelnen Posten.[15]) Ist für die einzelnen, in den Kontokorrent eingetretenen Geschäfte ein forum contractus begründet, so ist dasselbe nicht auch an und für sich für den Saldo maassgebend, für den sich vielmehr der Zahlungsort und die richterliche Kompetenz nach allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen bestimmen.[16])

§ 437.

3. Die Abrechnung.

Der Kontokorrentverkehr umfasst eine gewisse, sei es ausdrücklich oder stillschweigend bestimmte, Zeitperiode, während welcher sich die Parteien gegenseitig Kredit gewähren wollen. Ist keine Zeit bestimmt, so ist die Kreditgebung als für ein Jahr gewollt anzunehmen (arg. Art. 291 Satz 2).[1]) Der gegenseitige Stand der Schuldbeziehungen muss von Zeit zu Zeit klar gestellt, das Resultat der Handelsbeziehung auf eine Schlussziffer (den Saldo) gebracht werden;[2]) die Abrechnung nach einem gewissen Zeitablaufe ist daher im Kontokorrentverkehr nothwendig und selbstverständlich. Ist von den Parteien selbst in dieser Beziehung nichts anderes vereinbart worden, z. B. Rechnungsabschluss nach je drei oder sechs Monaten u. s. w. so soll die Abrechnung nach einem durch das Handelsgesetzbuch fixirten Handelsgebrauche jährlich einmal, jedoch nicht gerade mit Ablauf des Kalenderjahres[3]), geschehen (Art. 291 H.G.B.);[4]) nach Ablauf dieser gesetzlichen Minimalperiode wird der in den Zinsen ausgedrückte Kreditpreis berechnet, der Konto saldirt. Keineswegs steht es in der Willkür einer Partei, einseitig die laufende Rechnung früher abzuschliessen, stets ist sie an die vereinbarte oder gesetzliche Periode gebunden. Wird ein Kontokorrentverkehr mehrere Jahre ohne irgend einen Rechnungsabschluss fortgesetzt, so darf daraus einerseits kein Schluss auf das Nichtvorhandensein eines Kontokorrentvertrags gezogen werden, andererseits darf nicht etwa hinterher bei der endlichen Abrechnung ein jährlicher Rechnungsabschluss fingirt und von dem fingirten (Zinsen enthaltenden) Saldo Zinsen berechnet werden, sondern es ist für die ganze Zeitdauer nur eine **einzige**, auf den Anfang des Geschäftsverkehrs sich zurückerstreckende Bilanz zu machen und nur das so gefundene Endresultat als Saldo zu behandeln.[5]) Jedem Theil bleibt es selbstverständlich

---

[14]) Dalloz § 3 Nr. 108, Borsari I p. 310 Nr. 355.
[15]) Keyssner, Komm. § 27.
[16]) R.O.H.G. XVII S. 124, Riesser S. 249 ff., Dalloz § 2 Nr. 67—69.
[1]) Thöl S. 1051, Keyssner § 29.
[2]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 72.
[3]) Anders früher Pöhls 295, Brinckmann 115.
[4]) Ebenso Dalloz § 4 Nr. 123, Borsari I S. 309 Nr. 354.
[5]) Borsari I S. 310 Nr. 354, Dalloz § 3 Nr. 102, 103, § 4 Nr. 120.

unbenommen, so oft er will, den augenblicklichen Stand der gegenseitigen Kreditbeziehungen durch Vergleichung und Berechnung der in seinen Büchern eingetragenen Debet- und Kreditposten für sich allein zu prüfen, zu diesem Zwecke eine Bilanz aufzumachen, einen Saldo zu ziehen, um so zu erfahren, ob die für die Kreditgewährung etwa aufgestellte Maximalziffer erreicht sei oder nicht.

Allein in dieser einseitigen Prüfung der Ziffer, in dieser blossen **Berechnung,** liegt ein juristisch irrelevanter Vorgang, die Berechnung erlangt einen über den arithmetischen hinausgehenden juristischen Werth erst dann, wenn sie durch die **Mitwirkung des anderen Theils zur Abrechnung** wird. Faktisch geht der Abrechnung die Berechnung als vorbereitende Handlung voraus, denn damit der Saldo der Beurtheilung des anderen Theiles vorgelegt und dann übereinstimmend festgestellt werden könne, muss eine Berechnung vorgenommen, eine Bilanz errichtet werden. Der Berechnung muss aber, wenn eine Rechtswirkung mit derselben verknüpft sein soll, erst die Abrechnung folgen, es muss durch gegenseitige Erklärung festgestellt werden, dass die Berechnung fehlerfrei, der Saldo richtig sei.

Mit der Abrechnung findet die gegenseitige Kreditgewährung in der Regel nur ihren periodischen, nicht ihren vollständigen Abschluss, die Parteien pflegen trotz der Abrechnung weder ihre Handelsbeziehung abzuschliessen, noch ihre Kreditgewährung abzubrechen. Ist der Stand des Saldo, d. h. die Person des Gläubigers und Schuldners, durch Rechnungsabschluss ermittelt, so wird vielmehr der Saldo meistens als eine neue (Debet- oder Kredit-) Post auf eine neue Rechnung übertragen, so dass das in dem Saldo zur Erscheinung gelangte Resultat der während einer bestimmten Rechnungsperiode erfolgten gegenseitigen Kreditgewährung aus dem alten Kontokorrente in den neuen übergeht. Trotz dieses Ueberganges hat mit dem periodischen Rechnungsabschlusse der alte Kontokorrent zu existiren aufgehört, ein neuer hat begonnen. In jedem Falle aber soll der Saldo, mag er nun zur unmittelbaren Tilgung bestimmt sein oder auf neue Rechnung übertragen werden, durch gemeinschaftliches Zusammenwirken in obligatorischer Weise festgestellt werden. Zu diesem Zwecke übersendet jede Partei dem Korrespondenten eine schematische Uebersicht der Debet- und Kreditposten (ebenfalls Kontokorrent genannt); auf der Debetseite erscheint die Schuld des anderen Theiles, also die Forderung des Uebersenders, auf der Kreditseite die Forderung des anderen Theiles, also die Schuld des Uebersenders.

In der Zustellung des Kontokorrente liegt einerseits die mit verpflichtender Kraft abgegebene Erklärung des Absenders, dass er die auf der Kreditseite eingetragenen Posten empfangen habe, also die obligatorische Anerkennung, für diese Empfänge in Schuld zu sein, und andererseits die Behauptung, dass der Uebersender mit den auf der Debetseite eingetragenen Posten für den anderen in Vorschuss gegangen, also insoweit noch zurückzuempfangen berechtigt sei.

Der Empfänger des Kontokorrent wird nun aber vielleicht geneigt sein, die Posten, für welche er kreditirt ist, die für ihn günstige Kreditseite, also die Schuld des Uebersenders, anzuerkennen, nicht aber auch die Posten, für welche

er debitirt ist, die für ihn ungünstige Debetseite, die Forderung des Uebersenders, gegen sich gelten zu lassen. Ist nun eine solche Auseinanderreissung der Debet- und Kreditseite zulässig? Allerdings; denn in jeder dem anderen Theile zur Kenntniss gebrachten Kreditirung liegt eine verpflichtende Anerkennung der eigenen Schuld, eine stipulatio (promisso) debiti, die obligatorische Erklärung, Schuldner sein zu wollen, ohne dass dabei der Vorbehalt gemacht würde, dass auch der andere Theil seinerseits eine möglicherweise noch gar nicht vorhandene Schuld anerkenne; zwar soll die Debetseite gegen die Kreditseite kompensirt werden, aber natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die erstere existire; wird ihre Existenz geleugnet, so muss sie der Uebersender darthun. Dagegen kann man sich nicht auf die Untheilbarkeit der Anerkennung, als eines Geständnisses, berufen, denn in der Uebersendung der Uebersicht über eine Reihe von Kreditposten liegt nicht ein aussergerichtliches Geständniss, sondern die obligatorische Anerkennung (promissio) einer Reihe von Schulden.[6])

Will der Uebersender des Kontokorrent hinterher die Richtigkeit der Kreditposten des anderen Theiles anfechten, so kann er dies nur auf dem Wege der condictio indebiti thun. Die promissio debiti ist freiwillig erfolgt, der Promittent hat ihre Folgen zu tragen. Durch die Uebersendung des Kontokorrent wird also der andere Theil, dem die Kreditseite mitgetheilt wird, in eine günstigere Lage versetzt, denn der Uebersender hat seine eigene Schuld in verpflichtender Weise anerkannt.

Es ist selbstverständlich, dass nicht leicht Jemand geneigt sein wird, seine eigene Schuld (die Kreditseite) anzuerkennen, wenn er nicht die Gewissheit besitzt, dass auch der andere Theil seine Schuld (die Debetseite) gegen sich gelten lassen wolle. Jeder Theil wird also von dem andern verlangen, dass auch er seinerseits den Kontokorrent übersenden solle.[7]) Doch steht keinem von beiden an und für sich aus dem blossen Kontokorrent-Vertrage ein **Recht** auf solche Zusendung zu, denn wenn auch beide Theile oft in die Lage kommen, mit einander zu rechnen, so ist doch kein Theil gegenüber dem andern rechnungspflichtig, da ja jeder, welcher über den ihm behufs Erweiterung seines eigenen Produktivvermögens zur freien Disposition gestellten Theil des fremden Vermögens verfügt, hier, wo es sich um Geldsummen handelt, doch nur über sein Eigenthum verfügt; es besteht daher für keinen Theil eine Pflicht zur Rechnungslegung gegenüber dem andern, um so weniger, als ja an und für sich kein Grund dafür besteht, dass der eine Theil besser wissen soll als der andere, was im Debet und Kredit steht.[8]) Von beiden Theilen muss vielmehr gerechnet und die Rechnung aufbewahrt werden; vernachlässigt ein Theil diese Pflicht,

---

[6]) R.O.H.G. IX 245, XI 141, Levy § 65, Borsari I S. 503, Nr. 346; anders Regelsberger S. 167, Buhl Anerkennungsvertrag 123, Endemann, H.R. § 144, IV B.

[7]) Regel ist, dass die Korrespondenten einander von Zeit zu Zeit Rechnungsauszüge behufs Richtigstellung der einzelnen Posten übersenden.

[8]) Bei der sog. Staffelrechnung wird sogar meistens jede einzelne Post zur Kenntniss des andern Theils gebracht, so dass sie also sofort gleichsam durch die Hände beider Theile hindurch geht. Vgl. Creizenach 27, 74, 76.

so hat er kein Recht von dem anderen das zu verlangen, was er sich selbst hätte verschaffen können und sollen. Jeder von beiden **kann**, keiner **muss** die von dem andern gewünschten Aufklärungen und damit das eventuelle Substrat für eine Klage geben.[9])

Abgesehen von dem Falle, dass bei dem Abschlusse des Kontokorrent die ganze Debetseite gegen die ganze Kreditseite durch die vertragsmässige Kompensation aufgeht und demnach das ganze zwischen den Parteien bestehende obligatorische Rechtsverhältniss getilgt erscheint, ergibt sich bei der Abrechnung in der Regel als das Endresultat der gegenseitigen Kreditbeziehungen für den einen oder anderen Theil ein Aktivsaldo. Wird derselbe von dem Schuldner nicht anerkannt, so muss der Gläubiger seine Forderung auf den Kontokorrent im Ganzen stützen und dabei, wenn keine Abrechnung vorausgegangen ist, also die Rechnung nicht mit einem als richtig anerkannten oder nachgewiesenen Saldo beginnt, auf den Anfang des Kontokorrentverkehrs zurückgehen, da, wie kein einzelner Rechnungsposten geklagt werden kann, so auch keine Mehrheit von Rechnungsposten und daher auch nicht eine Rechnung, welche sich nur auf einen Theil des Zeitraumes der Geschäftsverbindung erstreckt.[10]) Der Gläubiger muss daher den geschichtlichen Verlauf der Thatsachen, aus denen die Forderung entspringt, darlegen und die Rechtmässigkeit seiner Saldoforderung durch den Beweis der Posten, welche zu dem Saldo geführt haben, darthun; es liegt ihm der Beweis der ihm bemängelten Debetposten und des Mehrbetrages der Kreditposten ob.[11])

Ist aber der Saldo von dem Schuldner anerkannt worden, so kann der Gläubiger auch bloss auf Grund des anerkannten Saldo klagen. Sobald das quantitative Resultat der Verrechnung und die Thatsache der Anerkennung zugegeben oder sonst festgestellt ist, so muss verurtheilt werden, ausser wenn der Beklagte condictione indebiti sich ganz oder zum Theile zu befreien vermag. In der gemeinschaftlichen Feststellung des Schluss-Saldo durch die Parteien liegt eine verpflichtende Schuldanerkennung, ein selbständiges Schuldversprechen, stipulatio (promissio) debiti.[12]) Diese Anerkennung hat eine rechtserzeugende, konstitutive, nicht eine bloss beweisende, deklarative Bedeutung. Der Anerkennende verspricht die Schuld nicht als bewiesen, sondern als zu Recht bestehend gelten zu lassen und verurtheilt sich selbst zu ihrer Erfüllung.[13]) Der Schuldner erklärt, dass er schulden wolle, nicht bloss, dass er schulde, er will nicht bloss beweisen, sondern einen Rechtsgrund schaffen.[14]) Im Handelsverkehre

---

[9]) Zeitschr. f. H.R. XIX S. 156, Levy § 64; anders Bähr, Anerk. S. 254.

[10]) R.O.H.G. Bd. 20 Nr. 32 S. 104.

[11]) R.O.H.G. Bd. 17 S. 414.

[12]) Literaturangaben bei Grünhut Not. 110, dazu noch Thöl § 317 S. 1054, 7, Stobbe, III § 167 S. 81, Gareis, H.R. § 73 S. 411, Dernburg 447.

[13]) Unger im Jahrb. f. Dogm. VIII 215.

[14]) Unger l. c. 204. „In der Anerkennung liegt nicht ein Selbstzeugniss, sondern eine Selbstverurtheilung, nicht ein Beweisdokument, sondern eine Dispositivurkunde, ein Schuldversprechen (promissio debiti), nicht ein Zahlungsversprechen (constitutum debiti)."

ist es nothwendig, einen mehr oder weniger verwickelten Kontokorrentverkehr im gegenseitigen Einverständniss periodisch abzuschliessen und das, was ein Theil dem andern in Folge der genehmigten Rechnung als Resultat schuldet, als eine bestimmte Schuld anzuerkennen; diese Schuldanerkennung weist auf die vorangegangene, jetzt periodisch beendigte Beziehung hin und bringt in eine konkrete Form, was die Parteien unter einander ausstehen hatten. Das Schuldigsein wird möglicher Weise in Form eines abstrakten oder reinen Versprechens ausgesprochen, eine causa debiti nicht angegeben;[15]) allein die causa, ein Warum als Beweggrund, kann unmöglich fehlen.[16]) Der Promittent muss ein Motiv haben und wissen, warum er promittirt. Der Möglichkeit eines Rechtsstreits mit dem Gläubiger sich bewusst leistet der Schuldner die Anerkennung jedenfalls schon desshalb, um seine Leistungspflicht und das Recht des Gläubigers klar und sicher festzustellen und jedem etwa in dieser Beziehung noch vorhandenen Mangel abzuhelfen. Wäre es nicht eine Verletzung von Treue und Glauben, wenn angenommen würde, dass der Anerkennende trotz der geschehenen Anerkennung seine Leistungspflicht doch nicht anerkannt habe, dass er sich vielmehr über dieselbe vorläufig noch gar nicht in verpflichtender Weise äussern wollte? Bei der Anerkennung des Saldo muss daher angenommen werden, dass nur die Ueberzeugung von dem wirklichen Bestande der Schuld zur Anerkennung desselben bestimmt habe.

Hat also eine Partei den Saldo anerkannt, so ist die durch diese Anerkennung verpflichtet (Art. 294 des H. G. B.).[17]) Will sie ihre Verpflichtung bestreiten, so muss sie die condictio indebiti anstellen, sei es dass sie den Bestand der anerkannten Schuld überhaupt in Abrede stellt oder nur behauptet, dass einzelne Posten mit Unrecht als Faktoren der Schlussziffer in den Kontokorrent hineingebracht oder dass andere mit Unrecht als solche aus demselben weggelassen worden sind; wie das sine causa datum, so kann auch das sine causa promissum angefochten werden.[18]) Der einfache Gegenbeweis genügt nicht, es muss ein Irrthum dargethan werden,[19]) nach gemeinem Recht ein entschuldbarer — über die Entschuldbarkeit entscheidet das richterliche, durch die Um-

---

[15]) Die Praxis hat sich gegenüber der herrschenden Lehre von der sog. cautio indiscreta dadurch zu helfen gesucht, dass sie die blosse Erwähnung der stattgefundenen Abrechnung als eine genügende Angabe der causa anerkannt hat. Windscheid, Pand. § 412 b, Anm. 2, Stobbe § 167 Not. 23.

[16]) Bähr, Anerk. S. 13, Windscheid, Vorauss. S. 87, Schlossmann, Causa obligat. Verträge S. 25, Hofmann, Titulus S. 88. Ueber die Frage, ob das Vermögen des freien, obligatorischen Willens im modernen Recht so weit reicht, die Verpflichtung von dem Beweggrund, der sie ins Leben rief, loszumachen, von der causa gänzlich zu abstrahiren, vgl. Grünhut l. c. S. 515 ff.

[17]) Vgl. §§ 1397, 1399 sächs. G.B.

[18]) l. 1 pr. D. 12,7. Dernburg S. 447, Stobbe S. 82. R.O.H.G. I 163, III 431, XI 276, XV 280; vgl. Glaser-Unger, Sammlung V Nr. 2241, VI Nr. 3184; Zeitschr. f. H.R. XII 212, XIX 656.

[19]) Endemann, H.R. 685, Wolff in Busch Arch. XI S. 81, Dalloz § 4 Nr. 126, Baehr, Anerk. 105, Levy § 68.

stände insbesondere durch die Rücksicht auf die wirthschaftliche Stellung der Parteien geleitete Ermessen — nach den neueren Gesetzgebungen [20]) genügt jeder Irrthum; die Streitfragen des gemeinen Rechtes sind dadurch abgeschnitten.

Für die Möglichkeit der Bestreitung der erfolgten Anerkennung ist es ganz gleichgültig, ob dem anerkannten Kontokorrent die usancemässige Klausel: S. E. et O. (salvo errore et omissione, salvis exceptionibus et omissionibus, sauf erreur et omission) „Irrthum vorbehalten", beigesetzt war oder nicht. Dieser Klausel kommt lediglich eine buchhalterische oder arithmetische Bedeutung zu; sie drückt aus, dass irrthümliche Buchungen oder Auslassungen weder dem Aussteller des Saldo, noch dem Empfänger desselben zum Nachtheil gereichen sollen und enthält die an den Saldoempfänger gerichtete Aufforderung, den Rechnungsabschluss auch in dieser Beziehung zu prüfen und festzustellen.[21]) Es ist weder so aufzufassen, als ob nur durch die besondere Anwendung jener Klausel die hinterherige Anfechtung vorbehalten werden könne, noch so, als ob schon durch die blosse Anwendung derselben das Recht erworben werde, die Rechnung nach erfolgter Anerkennung jedenfalls, auch ohne die Voraussetzungen der condictio, anzufechten. Durch die Klausel wird vielmehr an dem Rechtsverhältniss der Parteien gar nichts verändert. Die Anerkennung des Saldo als stipulatio (promissio) debiti hat durchaus dieselben Rechtsfolgen, mag die Klausel: S. E. et O. hinzugefügt werden oder nicht, in jedem Falle ist die Bestreitung der Anerkennung nur condictione indebiti zulässig.[22])

Die Anerkennung des Saldo zieht dieselben Rechtsfolgen nach sich, gleichgültig, ob in der gemeinschaftlichen Feststellung des Saldo eine **Novation** gefunden wird oder nicht, ob der in der Anerkennung gelegenen stipulatio (promissio) debiti lediglich accessorische oder sogar novirende Wirkung beigelegt wird. In jedem Falle ist die durch die Anerkennung des Saldo erzeugte Obligation in formeller Beziehung unabhängig und selbständig zu beurtheilen, insbesondere rücksichtlich der Verjährung, des Gerichtsstandes u. s. w. Ob nun die Feststellung und Anerkennung des Saldo novatorische Wirkung habe, ist als eine quäsio voluntatis anzusehen. Dem Wesen des Kontokorrentverkehrs entspricht es aber, im Zweifel anzunehmen, dass nach dem Willen der Parteien durch die Feststellung und Anerkennung des Saldo die materiellen Forderungen, welche als Posten in dem Kontokorrent aufgenommen erscheinen, aufgehoben werden sollen, und dass an ihre Stelle ausschliesslich die im Saldo ausgedrückte und anerkannte Forderung zu treten habe, denn der Saldo wird durch Kompensation der ganzen Debetmasse gegen die ganze Kreditmasse des Kontokorrent gefunden, durch die Kompensation wird aber virtuell Zahlung, also Tilgung der

---

[20]) Preuss. A. L.R. I 16 § 178, 4; öst. G.B. § 1431, sächs G.B. § 1523 (vgl. aber § 96), Code civil art. 1235, 1376—1379; anders Züricher G.B. §§ 1219, 1222. Unger, System II § 77, Anm. 19, Förster II 447, Dernburg I § 20, Siebenhaar, Komm. I 135, Mourlon, Répét. II Nr. 1311, 1674.

[21]) Gareis, H.R. 412.

[22]) Bähr, Anerk. S. 254 Anm. 3, Regelsberger 173 Anm. 13, Endemann, H.R. S. 616 Anm. 48, Levy § 71, R.O.H.G. III 423, XI 276.

Schuld bewirkt und zwar nicht bloss dieser oder jener Post, sondern aller Posten einer Seite in gleicher Weise.

Der Saldo als Rest einer in gleichem Maasse getilgten Reihe von Posten kann nicht als das Resultat dieser oder jener Post, also nicht als der ungetilgte Rest dieser oder jener materiellen in dem Kontokorrent eingetragenen Forderung, sondern nur als eine an Stelle der alten mit Absorption derselben als Erfüllungsäquivalent[23]) getretene neue Forderung (novum nomen) angesehen werden,[24]) so als ob die Restschuld bezahlt und die gezahlte Summe wieder zurückgegeben worden wäre. Es würde dem Saldo, der die Einheit als eigentliche Rechtsfolge des Kontokorrente verwirklicht, an der eigentlichen praktischen Spitze fehlen, wenn es den Parteien freistünde, unabhängig von seiner Feststellung auf die in den einzelnen Posten enthaltenen mannigfachen Obligationsverhältnisse zurückzukommen; diese haben als Faktoren bei der Bildung des Saldo mitgewirkt und gehen in demselben auf, er selbst wird aber im Zweifel nach dem Willen der Parteien, um das Verhältniss zu vereinfachen, durch novirende Anerkennung als eine neue Forderung konstituirt. Allein nicht immer liegt die Absicht der Parteien zu noviren vor, zuweilen sprechen die Umstände dafür, dass die durch die Anerkennung begründete Obligation nicht an Stelle der alten, sondern zu derselben, welche durch die Anerkennung definitiv festgestellt wird, hinzutreten soll, insbesondere wenn für das alte Schuldverhältniss Bürgschaft oder Pfand bestellt ist.[25]) Uebrigens gehört die Einräumung solcher Garantien für die **einzelnen** Forderungen zu den seltenen Ausnahmen im Kontokorrentverkehre, vielmehr ist es in der Regel gerade der anerkannte oder sonst festgestellte, mit novirender Kraft wirkende Saldo, für den die Garantie bestellt wird.

Wird der Saldo mit beiderseitiger Uebereinstimmung auf neue Rechnung **vorgetragen,** so beginnt er sofort, wie eine andere Kontokorrentpost, Zinsen (6 % Art. 287 Hgb.) zu tragen, als Kreditpreis für die während der neuen Rechnungsperiode fortgesetzte Kreditgewährung.[26]) Dass diese Verzinsung des Saldo, in welchem doch die Zinsen der abgeschlossenen Rechnungsperiode mitbegriffen sind, trotz des etwa bestehenden Verbotes des Anatocismus handelsgewohnheitsrechtlich stets als erlaubt angesehen wurde, dürfte sich einerseits aus dem latenten Bewusstsein des Handelsstandes erklären, dass der Kreditpreis, obwohl parallel laufend mit dem Darlehnszins, von dem letzteren doch wesentlich ver-

---

[23]) Windscheid, Pand. § 353 Not. 2.

[24]) R.O.H.G. X S. 102.

[25]) Für die Novation Regelsberger S. 174, Brinckmann § 129, VI S. 506, Kuntze, Obl. u. Sing. S. 254, Dernburg, Komp. 591, Ladenburg C. O. f. H. u. W.R. N. F. IV 174, Endemann, H.R. § 125 III, § 144 IV C., Buhl S. 124, 125, dagegen Windscheid, Pand. II § 354 Anm. 15, Creizenach 20, 80, Levy § 69, Riesser S. 192 Not. a. Vgl. noch Grünhut Not. 139.

[26]) R.O.H.G. XI 143, XII 72; Glaser-Unger, Sammlg. I Nr. 451, Dalloz § 3 Nr. 89, Supino Nr. 60 S. 513. Die Pflicht des Saldoschuldners zur Leistung des Kreditpreises fällt weg, wenn er sich zur sofortigen Zahlung des Saldo bereit erklärt, also eine weitere Kreditgewährung ablehnt. Dalloz § 3 Nr. 91. Horson, Questions sur le code de comm. II Nr. 222 S. 499—502.

schieden sei, andererseits aus der regelmässigen Annahme einer novatorischen Wirkung der Saldoanerkennung, in Folge welcher es in den meisten Fällen so aufgefasst wurde, als ob ein Hin- und Hergeben der Saldosumme stattgefunden und die früheren Zinsen ihre Existenz als solche verloren hätten.[27])

Da der mit beiderseitiger Uebereinstimmung auf neue Rechnung **vorgetragene** Saldo, wenn die Absicht der Betheiligten auf Begleichung desselben mit Ablauf der Rechnungsperiode gerichtet war, als ein neu gewährter Kredit erscheint, nicht bloss als das rechnungsmässige Resultat der früheren in den Kontokorrent eingetretenen Geschäfte und der Saldogläubiger seinem Korrespondenten dadurch, dass er ihm das Geld lässt, einen neuen Dienst leistet, so kann im Zweifel, wenn auch nicht schon von dem bloss gezogenen, so doch von dem **vorgetragenen** Saldo die für Anschaffungen von den Kontokorrentisten vereinbarte Provision zu Gunsten des Saldogläubigers berechnet werden.[28]) Im Zweifel wird die Provision im Falle des Saldovortrags zu Gunsten des Banquiers und **zwar** nur von **seinem** Aktivsoldo, nicht von dem **zu Gunsten des Korrespondenten** lautenden Saldo berechnet. Der vorgetragene Saldo einer früheren Periode steht mit jedem anderen Posten des Kontokorrente einer folgenden Periode auf gleicher Linie und kann daher nicht selbständig geltend gemacht werden.[29])

Die Anerkennung des Saldo ist an keine bestimmte Form gebunden, sie kann auch stillschweigend erfolgen. Zu dem für den Rechnungsabschluss bestimmten Zeitpunkte bringt jeder Theil dem anderen durch Uebersendung des Kontokorrent zur Kenntniss, welche Ziffern nach Abschluss der einzelnen Geschäfte als Debet- und Kreditposten in den Kontokorrente eingetragen worden seien, und macht es ihm dadurch möglich, die gegenseitigen Schuldbeziehungen zu prüfen, über die beurkundeten Posten Bemerkungen zu machen, entweder zu genehmigen oder, wenn etwas hineingebracht worden ist, was nicht hineingehört, wenn etwas weggelassen worden ist, was hineingehört, zu bemängeln und die Berichtigung dieser Irrthümer zu verlangen. In solcher Lage muss ein Kaufmann innerhalb einer nach den Umständen zu beurtheilenden, angemessenen Zeit sprechen, wenn ihm nicht sein Schweigen präjudiziren soll;[30]) er darf sich nicht darauf verlassen, dass etwaige Mängel in der Rechnung später einmal schon berichtigt werden sollen; schweigt er und setzt den Verkehr fort, als ob nichts geschehen wäre, so ist im kaufmännischen Verkehre durch Treu und Glauben die Annahme geboten, dass er keine Bemerkungen zu machen habe. Der Saldo, welcher, einseitig von einer Partei auf den Kontokorrent gesetzt,

---

[27]) H.App.G. Nürnberg, Sammlung II S. 58, Ladenburg S. 175.

[28]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 72—76; Creizenach 90, Riesser S. 252, Lyon-Caen et Renault S. 820, Boistel S. 602, Dalloz § 3 Nr. 118, Banquier Nr. 414; anders Supino Nr. 52 S. 515.

[29]) R.O.H.G. Bd. XVI S. 309.

[30]) Regelsberger S. 156, Endemann § 144, IV A, Gareis 412, Levy § 68; App.G. Nürnberg v. 1865, 1866 Zeitschr. f. H.R. X S. 566, Lübeck ebd. S. 565, R.O.H.G. II 117, III 1, 424, V 339, X 56, XI 278, XIV 13, 214, XV 96, XX 127; österr. oberst. Gbf. in Glaser-Unger, Sammlung IV Nr. 1940.

die andere Partei selbstverständlich nicht verpflichtet, gilt nunmehr als anerkannt, das Schweigen hat verpflichtende Kraft; es muss angenommen werden, dass mit beiderseitigem Einverständnisse festgestellt sei, in welchem Betrage aus dem betreffenden Kontokorrentverkehre der eine Theil Gläubiger, der andere Schuldner geworden sei.

Zuweilen — bei der sog. Staffelrechnung — erfolgt schon die Beurkundung der einzelnen Posten im Kontokorrente als der ziffermässigen Endresultate einer jeden in denselben eingetretenen Operation nur mit Wissen des anderen Theiles, welchem, um Streitigkeiten vorzubeugen, nach Abschluss des betreffenden Geschäftes zur Kenntniss gebracht wird, welche Ziffer in den Kontokorrent als Debet- oder Kreditpost eingetragen worden sei. Schweigt der Letztere und setzt er den Verkehr fort, so gilt die Post für genehmigt, es liegt im Zweifel bloss eine accessorische Stipulation vor (promissio debiti), die Kreirung einer neuen Verpflichtung, ohne dass desshalb die durch das betreffende Geschäft begründete alte Verpflichtung aufgehoben wäre.[31]) In dem Einverständnisse beider Theile darüber, dass die betreffende Post in den Kontokorrente eingetragen werde, nicht in der Beurkundung liegt der neue Rechtsgrund der Verpflichtung, die Anfechtung der betreffenden Post kann nur auf dem Wege der condictio indebiti erfolgen.[32])

Ist der Saldo anerkannt, so kann auf Grund einer abgesonderten Post eine Forderung später nur insoferne geltend gemacht werden, als bewiesen wird, dass diese nicht in der Abrechnung begriffen gewesen sei, dass sie gemäss der Vereinbarung entweder ihrer Art nach überhaupt nicht dazu gehört habe oder davon ausgeschlossen worden sei. Die Existenz des Kontokorrentvertrages hindert ja nicht die Vereinbarung, dass die Kreditgebung nur bestimmte Arten der Forderungen zwischen beiden im Kontokorrentverkehre stehenden Parteien betreffen oder dass für bestimmte andere Arten eine Ausnahme gemacht und die gegenseitige Kreditgewährung ausgeschlossen werde;[33]) die Abrechnung kann natürlich nur dasjenige umfassen, worauf der Kontokorrentverkehr überhaupt Bezug hat. Steht es aber fest, dass eine Post in den Kontokorrentnexus gehört — was im Zweifel anzunehmen ist, wenn die Kreditgewährung ohne alle derartige Beschränkung vereinbart ist — so kann sie nicht aus demselben losgelöst, sie kann nur zur Herstellung des Saldo, keineswegs aber nach vollzogener Abrechnung zur abgesonderten Geltendmachung verwendet werden; denn in der beiderseitigen Feststellung des Saldo liegt die Anerkennung der Richtig-

---

[31]) Die Gründe, welche dafür sprechen, der Anerkennung des Saldo im Zweifel novatorische Wirkung beizulegen, sind hier nicht vorhanden; die Sachlage ist eine wesentlich verschiedene.

[32]) Bähr, Anerk. 252; Levy § 58. Nach der englischen und nordamerikanischen Praxis wird jede neue Kreditpost in einem Kontokorrente als eine Anerkennung auch der früheren Posten aufgefasst und als ein Versprechen, den Saldo zu bezahlen. Parsons, Mercantile Law S. 238.

[33]) Brinckmann, H.R. S. 506 Anm. 27, Thöl, H.R. 1052, Keyssner § 7, Boistel S. 596.

keit des Rechnungsschlusses und die Erklärung, dass weitere Ansprüche aus dem Kontokorrentverhältniss nicht vorhanden seien.[34])

Beruft sich ein Theil darauf, dass eine gewisse Post, von der es zweifelhaft ist, ob sie in den Kontokorrentnexus gehöre oder nicht, — was bei einer längeren Zeit dauernden Handelsbeziehung leicht geschehen kann, — in der Abrechnung begriffen gewesen sei, so liegt dem andern Theil, welcher diese Post abgesondert geltend machen will, der Beweis ob, dass sie, als zum Kontokorrentnexus nicht gehörig, noch nicht verrechnet sei, denn im Zweifel ist im Kontokorrentverkehre anzunehmen, dass für die abgelaufene Rechnungsperiode[35]) alles verrechnet sei. War die betreffende Post, als zum Kontokorrentnexus gehörig, in der Abrechnung bereits begriffen, so kann eine spätere Geltendmachung nur unter den Voraussetzungen der condictio indebiti erfolgen, wenn bewiesen wird, dass die früher ertheilte Zustimmung zur Annahme, dass auch diese Forderung verrechnet sei, auf Irrthum beruht habe.[36])

§ 438.

4. Der Konkurs eines Kontokorrentisten.

Im Falle des Konkurses entstehen häufig Schwierigkeiten aus dem Umstande, dass ein Kontokorrentist dem anderen Werthpapiere, besonders Wechsel, eingesendet hat. Für den Betrag dieser Werthpapiere wird der Empfänger sofort debitirt, der Absender sofort kreditirt; denn dem Empfänger ist faktisch sofort Kredit gewährt, der Absender hat ihm Vermögenstheile zeitweilig zur freien Disposition gestellt und zwar in fremder Hand befindliche, dem Eigenthume der Schuldner aus den Werthpapieren anvertraute Vermögenstheile, welche für den Empfänger der Werthpapiere zunächst nirgends als in den durch die Güter der Schuldner repräsentirten Werthquanten existiren. Der Empfänger ist in die von dem Absender geräumte Stelle getreten; der Absender hat anstatt des dem Eigenthume des Schuldners aus dem Werthpapiere anvertrauten Vermögenstheils eine Kreditpost gegenüber dem Empfänger erlangt, der Empfänger wird für diesen ihm von dem Absender übertragenen Vermögenstheil debitirt. Zeigt sich nun am Verfalltag, dass die Papiere nicht bezahlt werden, so zeigt sich zugleich a posteriori, dass der Absender thatsächlich keinen präsenten Vermögenstheil dem Empfänger übertragen habe, dass daher die scheinbare Veränderung in der gegenseitigen Kreditgewährung in Wirklichkeit nicht eingetreten, dass dem Empfänger der Papiere, da das durch dieselben verbriefte Recht kein wirksames Recht ist, in Wahrheit kein Kredit gewährt worden, dass daher das Debet des Empfängers kein gerechtfertigtes Debet, das Kredit des Absenders kein gerechtfertigtes Kredit sei, dass vielmehr der Empfänger der Papiere, anstatt Kredit zu erlangen, dadurch dass er sich statt des Geldes mit Papieren begnügte und

[34]) Bähr 254, Stobbe § 167 S. 82, R.O.H.G. X 358.

[35]) Brinckmann 506, Bähr 223 u. Jahrb. f. Dogm. II 406, Regelsberger 176, Seuffert, Arch. XV Nr. 194 (Dresden), dagegen Levy § 70.

[36]) Bähr, Anerk. S. 243, Regelsberger 177.

das Geld zur Verfügung des Absenders in dessen Händen liess, dem Absender Kredit gewährt hat, und zwar ebensoviel, als er zu erlangen geglaubt, in Wirklichkeit aber nicht erlangt hat. In Folge dessen muss, um das richtige Verhältniss in der Beurkundung der gegenseitigen Kreditbeziehung wieder herzustellen, durch eine Aufschreibung in entgegengesetzter Richtung der Absender debitirt und der Empfänger kreditirt werden; denn sonst bleibt das Vermögen des Empfängers, welches zur Zeit um die gegenüber dem Absender für das Werthpapier übernommene Debetpost kleiner geworden ist, definitiv um diesen Betrag gemindert, während das Vermögen des Absenders, da dem Verluste des einen Theiles genau ein Gewinn des anderen entspricht, um denselben Betrag der Kreditpost gewachsen ist. Diesen Gedanken drückt die Praxis des Handelsverkehres dadurch aus, dass sie die den Vorbehalt der Einkassirung enthaltende Klausel: Salvo incasso, Sauf encaissement,[1]) auch wo sie nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, — was die Regel ist, da die Klausel ein beleidigendes Misstrauen ausspricht, — stillschweigend präsumirt.[2]) In solchen Fällen ist also, wenn sich eine entgegengesetzte Willensmeinung der Parteien auch nicht aus den Umständen ergibt, das Kredit für den Absender keineswegs definitiv, sondern nur provisorisch, nämlich unter einer Resolutivbedingung für den Fall, dass die Werthpapiere zur Verfallzeit nicht honorirt würden, in den Kontokorrent eingetragen worden. Tritt dann die Resolutivbedingung ein, so bedarf es gegen die mit Rücksicht auf die noch nicht erfolgte Einkassirung antizipirte Eintragung des Kredit eines Korrektivs, welches darin gelegen ist, dass das dem Absender zu viel gegebene Kredit durch eine Buchung in entgegengesetzter Richtung neutralisirt, d. h. dass dieselbe Summe vermehrt um die gesetzlichen Nebengebühren, Kosten u. s. w., zu welchen die Nichtzahlung Anlass gegeben hat, in das Debet des Absenders gebracht wird.[3])

In dieser Beziehung kann auch der Konkurs der einen oder anderen Partei, durch welchen der Kontokorrent seinen Abschluss findet, keinen Einfluss ausüben, doch ist dieser Punkt gerade im Konkurse von besonderer Wichtigkeit.[4]) Der Empfänger der Rimessen u. s. w., dessen Konto einen Passivsaldo zu Gunsten des in Konkurs verfallenen Absenders ausweist, hat ein grosses Interesse daran, dass die oben erwähnte Aufschreibung in entgegengesetzter Richtung er-

---

[1]) „Entrée en compte courant n'est donnée que sauf rentrée" Bravard II 439, Lyon-Caen et Renault S. 803, vgl. Borsari I 304 Nr. 346, 347.

[2]) R.O.H.G. III 145, VI 263, XI 309; Creizenach S. 44, Dalloz § 2 Nr. 46—48.

[3]) Oesterr. obst. Ghf. in Glaser-Unger, Samml. I Nr. 470. Anstatt dass das Kredit durch Debitirung des Betrages der Forderung beseitigt wird, kann die Absicht der Kontrahenten auch ausnahmsweise darauf gerichtet sein, dass im Falle der Nichterfüllung des in den Werthpapieren ausgedrückten Zahlungsversprechens, insbesondere bei Nichthonorirung von Wechseln, die in Folge dessen entstehende Regressforderung sofort geltend gemacht werde, dann soll dieser Regressanspruch nach der Intention der Kontrahenten aus dem Kontokorrentverhältniss ausgeschlossen werden. R.O.H.G. II 139, 221, III 143, V 41, 337, VI 254, XXII 337, Riesser S. 114 Not. a.

[4]) Creizenach 44, Levy § 63, Lyon-Caen et Renault S. 804, Dalloz § 5 Nr. 142—149, Borsari I S. 305 Nr. 347.

folge, damit die in die Debetseite seines Konto indebite eingetragene Debetpost neutralisirt werde, denn auf diese Weise wird er in der Lage sein, die ganze Summe von seinem Passivsaldo abzuziehen, den er der Konkursmasse schuldet, während er sonst, wenn er diesen Passivsaldo ohne Abzug bezahlen müsste, höchstens die Dividende eines Gläubigers erhalten könnte, als welcher er mit der Forderung für den Betrag der nicht bezahlten Papiere aufzutreten gezwungen wäre.[5]) Geräth der Empfänger der Rimessen u. s. w. in Konkurs, so hat der Absender, dessen Konto einen Aktivsaldo aufweist, im Falle der Nicht-Honorirung der Rimessen etc. das gleiche Interesse an der Umschreibung; denn dadurch wird der Saldo, für den er gleich allen anderen Konkursgläubigern lediglich auf die eventuelle Quote gewiesen wäre, um so viel vermindert, während er sonst, ohne diesen Vortheil zu geniessen, für die volle Regressforderung der Konkursmasse aufzukommen hätte.

Gegenüber der Kredit- oder Debetpost, welche sich auf dem durch den Konkurs abgeschlossenen Kontokorrente findet, wird eine Debet- oder Kreditpost von gleichem Betrage eingetragen und hierauf erst der Saldo berechnet, welcher die eigentliche Forderung oder Schuld des Kridatars ausdrückt. Dass nach erfolgter Konkurseröffnung eine neue Forderung gegen die Konkursmasse in den Kontokorrent nicht gebracht werden könne, steht nicht im Wege; denn die auf die Nichthonorirung der Werthpapiere gegründete Forderung stellt nicht eine neue, nach der Konkurseröffnung entstandene Forderung dar, sondern es ist so aufzufassen, dass nur die Resolutivbedingung der vor der Konkurseröffnung entstandenen bedingten Forderung nach der Konkurseröffnung in Erfüllung gegangen ist, und ihre rückwirkende Kraft dadurch in dem Kontokorrente äussert, dass der vermeintlichen Kreditpost ex tunc ihr wahrer Karakter als Debetpost und umgekehrt zurückgegeben und durch Hinzufügung einer gleichen Debet- und Kreditpost das Gleichgewicht hergestellt wird.[6]) Der Kreditpost gegenüber entsteht also nicht erst jetzt eine Debetpost, sondern es zeigt sich nur, dass die Kreditpost, um welche das Vermögen des Absenders scheinbar grösser geworden war, von vornherein eigentlich eine Debetpost des Absenders sei; denn für dieselbe Post kann nur der eine Theil Kredit geben, der andere muss dafür nothwendig Kredit empfangen; zeigt sich also hinterher, dass der eine Theil von dem anderen unter dem Titel einer Kreditpost nichts empfangen habe, so ist es so, als ob von vornherein das bezügliche Werthquantum aus dem Ver-

[5]) Z. B. In dem Kontokorrentverkehr zwischen A u. B weist das Debet des A 1500, sein Kredit 1000 aus; B überschickt nun dem A eine acceptirte Tratte auf 1500, zahlbar in 2 Monaten und geräth kurz darauf in Konkurs; A hat sich für die Tratte debitirt und erscheint also als Saldoschuldner von 2000. Ist es nun dem A gestattet, die Umschreibung vorzunehmen, so verringert sich seine Schuld auf 500; im entgegengesetzten Falle schuldet er den Saldo von 2000 und muss sich mit seiner Wechselforderung von 1500 als Konkursgläubiger die Reduktion auf die eventuelle Quote gefallen lassen.

[6]) So ist es h. z. T. feste Praxis in Frankreich; Bravard II 439, Massé IV Nr. 2308—2312, Boistel 598, 599, Lyon-Caen et Renault S. 803, Dalloz § 2 Nr. 46, § 5 Nr. 142 ff. Riesser S. 140 Not. a.

mögen des Debitirten in das Vermögen des Kreditirten übergegangen wäre, als ob der Debitirte das, was er hätte empfangen sollen, in des anderen Besitz gelassen, also gleichzeitig diesem dafür Kredit gewährt hätte. Dass das wahre Verhältniss erst hinterher offenbar wird, ist juristisch gleichgültig und eben eine Folge der besonderen durch den Kontokorrentverkehr geschaffenen Sachlage.

§ 439.

F. Das einfache Kontokorrentverhältniss.[1])

Wenn Kaufleute in einem gegenseitigen Kreditverhältniss stehen, ohne dass zwischen denselben ausdrücklich oder stillschweigend eine gegenseitige Kreditgewährung vereinbart wurde, so besteht nur ein einfaches Rechnungsverhältniss, welches in die wirthschaftlich bequeme, doch juristisch gleichgültige Form des Kontokorrents gehüllt ist. Nicht aber in der Form der Rechnung, sondern in der dabei zum Ausdruck gebrachten Uebereinstimmung des Willens zweier Parteien, sich gegenseitig einen wiederkehrenden Kredit zu gewähren, liegt die karakteristische Bedeutung des eigentlichen Kontokorrentverhältnisses. Man kann daher jenes andere Verhältniss das **einfache Kontokorrentverhältniss, die blosse laufende Rechnung, das offene Konto** nennen. Wenn z. B. der Kaufmann A seinem Kommissionär B Vermögenswerthe überschickt, mit dem Auftrage, einen Theil dieser Werthe zur Einlösung der von B acceptirten Tratten des A und den Rest zum Ankauf verschiedenartiger Waaren für Rechnung des A zu verwenden, so mag es immerhin geschehen, dass B den A einerseits für die ihm übersendeten Vermögenswerthe kreditirt und andererseits für die behufs Einlösung der Tratten und Ankauf der Waaren verwendeten Summen debitirt, und dass, wenn A mit B längere Zeit in solchen Geschäftsbeziehungen steht, viele Rechnungen dieser Art sich aneinander schliessen, so dass die gegenseitigen Geschäftsbeziehungen in die schematische Form des Debet und Kredit gebracht erscheinen, dass zur Zeit des Rechnungsabschlusses Debet und Kredit gegen einander berechnet werden und dass ein Saldo aufgemacht wird, welcher nebst der Berechnung in einer „Kontokorrent" genannten Urkunde von dem einen Theile dem anderen zugestellt wird, allein dessen ungeachtet liegt ein eigentlicher Kontokorrentverkehr nicht vor, es fehlt das karakteristische Merkmal der Vereinbarung der gegenseitigen Kreditgewährung, denn A hat dem B die Vermögenswerthe nicht in der Absicht zur Verfügung gestellt, dass B darüber nach seinem Gutdünken und zu seinem Vortheile, wie über einen Theil seines eigenen Vermögens, verfüge, sondern A will vielmehr, dass B diese Vermögenswerthe für die vorgeschriebenen Zwecke, für die im Voraus bestimmten Zahlungen, verwende, sie als fremdes Gut behandle und, wenn die Tratten honorirt, die Waaren angekauft und zur Verfügung des A gestellt sind, somit die betreffende Operation beendigt ist, darüber Rechnung lege; es liegt daher durchaus keine Uebereinkunft vor, durch welche A und B die Verpflichtung übernommen hätten,

---

[1]) Thöl, H.R. § 317 S. 1047.

sich gegenseitig den Genuss von Kredit zu verschaffen. — Zwischen den verschiedenen Posten des Empfanges und der Ausgabe kommt successive und in dem Maasse, wie die eine und die andere in die Rechnung tritt, nicht bloss erst am Schlusse der Rechnung in dem Augenblick, wo die allgemeine Bilanz zwischen den Posten des Empfanges und der Ausgabe gezogen wird, die Kompensation zur Anwendung, die gegenseitigen Forderungen des A und B steigen und fallen abwechselnd, je nachdem eine neue Post in Empfang oder Ausgabe zur Folge hat, dass die Wagschale sich auf die eine oder andere Seite neigt; von einem eigentlichen Kontokorrentverkehr zwischen A und B kann nicht die Rede sein.

Der Saldo ist das Resultat einer Reihe von Kompensationen oder theils Kompensationen, theils à conto des Saldo im voraus gemachten Zahlungen;[2]) er wird in der Regel mit Jahresabschluss berechnet[3]) und zuweilen auf neue Rechnung vorgetragen. Von dem vorgetragenen Saldo dürfen nach allgemeiner Gewohnheit des Handelsstandes Zinsen gefordert werden, auch soweit er Zinsen in sich begreift.[4])

Ist der Saldo ausdrücklich oder stillschweigend[5]) anerkannt worden, so bildet die Anerkennung einen selbständigen Verpflichtungsgrund; die Klage aus dem anerkannten Saldo bedarf keiner weiteren Begründung, doch ist der Beweis eines Irrthums oder Betrugs in der Rechnung trotz der Anerkennung nicht ausgeschlossen.[6])

Jede einzelne Kreditpost kann in der Regel einzeln herausgegriffen und vor dem Rechnungsabschluss geltend gemacht werden; es fehlt ja die Vereinbarung der gegenseitigen Kreditgewährung, welche die Einrede der verfrühten Klage begründen würde; doch kann die Absicht der Parteien auch darauf gerichtet sein, dass nur der bei dem Rechnungsabschluss sich ergebende Saldo Gegenstand der Klage sein solle.[7])

---

[2]) Thöl S. 1047.

[3]) Art. 291 Abs. 2 gilt hier nicht, da eine Vereinbarung über den Rechnungsabschluss nur bei dem eigentlichen Kontokorrentverhältniss vorkommen kann.

[4]) Thöl S. 1047; anders Keyssner § 30. Art. 291 gilt nur für das eigentliche Kontokorrentverhältniss; dies ist vom letzten Satz selbstverständlich, gilt daher auch vom ersten. Thöl S. 1051 Not. 18.

[5]) Auch hier kann in der Unterlassung der Monirung der regelmässig zugestellten Abrechnungen unter Fortsetzung des Geschäftes Anerkennung gelegen sein. R.O.H.G. Bd. XIII 46, 439, XIV 11.

[6]) Thöl S. 1054, 7 Not. 36, Keyssner §§ 31, 32.

[7]) R.O.H.G. XII, S. 68, XIV S. 70, vgl. aber XX 104.

III. Geschäfte der dinglichen Sicherung des Kredits.

A. Pfandgeschäft;[1]) insbesondere Depotgeschäft.

§ 440.

1. Wesen desselben.

1. Das Pfandgeschäft[2]) ist derjenige Vertrag, durch welchen der eine Kontrahent, der Verpfänder, dem andern Kontrahenten, dem Pfandnehmer, zur Sicherung einer Forderung des Letzteren ein Pfandrecht an Mobilien bestellt. Dieses Geschäft wird im Verkehr, dem der Ausdruck verpfänden etwas

[1]) Litteratur: Marperger, Beschreibung der Banquen 1787. Gad §§ 83—89, Thöl § 314, Brinckmann-Endemann § 131, Endemann H.R. p. 350, 662, 688 ff. und Bd. II p. 67 ff. dieses Handbuchs, Goldschmidt I 1, p. 602, 665, I, 2, p. 875 ff., Gareis p. 407 ff. u. im Rechtslexikon I p. 509 ff. s. v. Depotgeschäft. Stobbe II § 155, Windscheid, Pand. §§ 381, 382, Brinz § 318, Holzschuher, Th.u. Cas. III p. 614 ff., Koch, Recht der Forderungen III §§ 278—283, Dernburg, Pfandrecht I p. 141—168. Lehrb. des preuss. Pr. I § 355 ff., Förster-Eccius III §§ 192—197, Bender, Verkehr mit Staatspapieren, 2. Aufl. p. 474—502, Kuntze, Lehre v. d. Inhaberpapieren p. 691 ff., Laband, Das kaufm. Pfand- u. Retentionsrecht in Zeitschr. f. H.R. IX p. 225 ff., Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung 1868, Hübner, Die Banken I p. 7 u. 101, Ad. Wagner, Zettelbankpolitik p. 386 ff. (auch in Rentzschs Handwörterbuch 2. Bd. p. 80 u. 560 ff., sowie in Schönbergs Handbuch I p. 324 ff.), Pardessus III t. 3, c. 3, Frémery p. 83 ff., Massé IV Not. 2807 bis 2921, Lyon-Caen p. 371 ff., Angeli, du gage envisagé surtout comme contrat en dr. rom., du gage civil et commercial en dr. franc. Thèse. Paris 1880, Kist III p. 382 ff., J. A. Levy, de beleenings en prolongatie-contract. 's Gravenhage 1860. Danieli, del pegno commerciale in d. Rassegna di dir. comm. I (1883) p. 464—478. Vidari V No. 2453 ff.

[2]) Der Name „Pfandgeschäft“ findet sich bei Thöl a. a. O., Hübner p. 101, auch im österr. Börsengesetz v. 1. April 1875 § 15. — „Verpfändungsgeschäft“ bei Gareis im Rechtslexikon. — „Pfandvertrag“ Brasil. H.G.B. 271 u. Chile 813; „Handelspfandvertrag“ Argentina 741. — „Pfandvertrag“ bei Fischer-Ellinger 4. Ed. p. 291, Stubenrauch, Oesterr. H.G. p. 409.

anstössig,[3]) auch mit den Namen „**Leih-**,[4]) **Vorschuss-**,[5]) **Lombard-**,[6]) **Kost-**,[7]) **Rückkaufs-**[8]) oder gar **Versicherungs**-Geschäft[9]) belegt.

Besteht das Pfandobjekt in **Werthpapieren**, so wird das Geschäft in der Regel auch wohl **Depot-**, **Versatz-** oder **Deckungs**geschäft genannt;[10]) doch begegnen diese drei Bezeichnungen mitunter auch ohne Rücksicht auf das Objekt für jedes Pfandgeschäft.[11])

2. Das Pfandgeschäft ist

a. **accessorisches** Handelsgeschäft für denjenigen Kontrahenten, der **Kaufmann** ist, sofern das Pfand ihm resp. von ihm im Betriebe seines Handelsgewerbes gegeben resp. genommen wird (A. 273). Die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe ist bezüglich aller Pfandverträge des Kaufmanns zu präsumiren;[12]) die Präsumtion kann aber durch die Umstände widerlegt werden. So wird die **unentgeltliche** Pfandbestellung Seitens eines Kaufmanns für die Handelsschuld eines Dritten selbst einem Kaufmann gegenüber meist, wenn auch nicht stets, ein dem Handelsgewerbe fremder Freundschaftsdienst sein. Erhält dagegen der Kaufmann für die Verpfändung für fremde Schuld vom Gläubiger oder vom Hauptschuldner **Entgelt**, so wird an der Zugehörigkeit zum Handelsbetrieb selbst dann nicht zu zweifeln sein,[13]) wenn das Handelsgewerbe des Pfandgebers gewöhnlich auf ganz andere als Bankier-Geschäfte gerichtet ist, sollte auch die zu

---

[3]) Goldschmidt p. 892, Hahn, Komm. II p. 157, Anschütz u. v. Völderndorff III p. 171, Dernburg, Lehrb. I § 354 Not. 14, Pfaff p. 19.

[4]) Hübner a. a. O. — Vgl. auch Marperger c. 3 p. 41 „von denen grossen Lehn-Banquen." Ueber den holländischen Namen beleening vgl. Levy a. a. O. Not. 1, Kist p. 381.

[5]) Kautsch, Bank- und Börsenwesen p. 73 (bezüglich des auf längere Termine abgeschlossenen Börsen-Effekten-Lombards).

[6]) Thöl a. a. O.; Gareis H.R. a. a. O. unterscheidet das eigentliche Lombardgeschäft vom Lombardgeschäft im weiteren Sinn. Ueber das Verhältniss zwischen Pfand- und Lombardgeschäft vgl. unten § 443.

[7]) Thöl a. a. O., Kautsch p. 70. Ueber Aehnlichkeit und Unterschiede zwischen Pfand- und Kost- (Report-)Geschäft vgl. Goldschmidt p. 893 Not. 35, Anschütz und v. Völderndorff p. 172 Not. 14, Kist p. 413, 417 u. oben Grünhut p. 33, 34. — Fischer-Ellinger p. 291 u. Stubenrauch p. 487 beschränkten den Ausdruck Kostgeschäft auf Verpfändung von Werthpapieren gegen Ertheilung eines Darlehns.

[8]) Levy p. 84, Goldschmidt p. 892, Kist p. 401 ff., 411 ff., oben Gareis II p. 622, 623, vgl. unten bei Not. 36.

[9]) Bender p. 477, vgl. auch Gareis im Rechtslexikon.

[10]) Bender a. a. O., Brinckmann p. 510, Endemann p. 690, Eccius III p. 471 Not. 38. Vgl. auch Goldschmidt p. 879, 892 Not. 35 (pignus deponere). Ueber die Mehrdeutigkeit des Wortes „Depot" auch oben § 430 Not. 5. Goldschmidt 2. Aufl. II p. 24 Not. 25 u. die dort citirten Erkenntnisse.

[11]) Thöl, Gareis a. a. O., Busch, Archiv IX p. 337 ff. XXV p. 320 H.G. Carlsruhe 13. Septbr. 1870. Fischer-Ellinger p. 291 scheint das Kost- und das Prolongationsgeschäft als 2 Unterarten des Deckungs- oder Versatzgeschäfts aufzufassen.

[12]) Vgl. auch R.O.H.G. II p. 45 (17. Febr. 1871), Goldschmidt p. 892 ff. Not. 31 u. 49.

[13]) Vgl. Behrend p. 135.

sichernde Hauptobligation aus Nichthandelsgeschäften zweier Nichtkaufleute herrühren. — Liegt Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe eines Kaufmanns immer vor, wenn die zu sichernde Forderung aus Handelsgeschäften herrührt?[14]) Es ist dies zu verneinen, wenn das zu Grunde liegende Hauptgeschäft nur auf Seiten des mit einem Kaufmann kontrahirenden Nichtkaufmanns Handelsgeschäft ist,[15]) zu bejahen dagegen, wenn es für beide Theile oder auch nur für den Kaufmann den handelsgeschäftlichen Karakter besitzt.

Das Pfandgeschäft ist

b. **relatives Grundhandelsgeschäft** für den Pfandnehmer bei **gewerbs- und bankmässig** betriebenem **Lombardgeschäft**[16]) (Art. 272 Z. 2), mag der Verpfänder auch Nichtkaufmann sein.

Es ist in seltenen Fällen

c. **absolutes Grundhandelsgeschäft** für den Pfandnehmer, nämlich — von der Bodmerei abgesehen — dann, wenn der Pfandnehmer Fungibilien, um dieselben weiter zu veräussern, zum sog. **irregulären**[17]) Pfand nimmt (Art. 271 Z. 1), sollten auch beide Kontrahenten Nichtkaufleute sein, und sollte auch die zu sichernde Forderung nicht aus Handelsgeschäften herrühren.

d. Pfandgeschäfte unter **Nichtkaufleuten** sind, vom Falle c abgesehen, selbst dann nicht Handelsgeschäfte, wenn die Verpfändung für ein beiderseitiges Handelsgeschäft erfolgt;[18]) der accessorische Karakter allein macht ein Rechtsgeschäft noch nicht zum Handelsgeschäft.[19])

---

[14]) Vgl. Goldschmidt p. 665 Not. 32, 877 Not. 5, 892 Not. 31 a. E., 895, Endemann p. 688 Not. 2 und oben II p. 67, auch R.O.H.G. VI p. 198.

[15]) Verkauft z. B. ein Banquier ein Bild (in der Absicht, aus dem Erlös demnächst neue Bilderanschaffungen zum Schmuck seiner Wohnung zu machen) einem Nichtkaufmann (der es zum Weiterverkauf erwirbt), und bestellt der Käufer dem Verkäufer für den gestundeten Kaufpreis Pfand, so ist der Kaufvertrag für den Käufer, der Pfandvertrag aber für keinen der beiden Kontrahenten ein Handelsgeschäft.

[16]) Vgl. unten § 443.

[17]) Goldschmidt p. 548, 553 ff., Endemann oben I p. 59 Not. 24. Gegen den nicht quellenmässigen Ausdruck pignus irregulare vgl. Pfaff p. 4 Not. 5, für denselben Hanausek p. 164 Not. 4, der übrigens für den durch Uebergabe einer Kaution geschlossenen Vertrag den Ausdruck „Kautionsvertrag" empfiehlt (p. 169).

[18]) Goldschmidt p. 664 Not. 27, Behrend p. 135, 146 Not. 8, vgl. auch oben Regelsberger II p. 521.

[19]) Doch zählen das Württemb., Bayr. u. Darmstädt. Einf.Ges. alle Rechtsverhältnisse aus der Faustpfandbestellung für Forderungen aus Handelsgeschäften zu den Handelssachen. Vgl. Goldschmidt p. 665 Not. 32, 877 Not. 4. — Auch Frankreich, Ges. v. 23. Mai 1863. Belgien, Ges. v. 5. Mai 1872, Argentina, H.G.B. 741 ff. (vgl. Franz Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. VI p. 140), Brasilien 271 ff., Chile 813 ff. u. Guatemala 687 abstrahiren von der Kaufmannseigenschaft der Kontrahenten; es genügt für den Begriff des Handelspfandvertrages, dass für eine Handelsforderung Pfand bestellt wird, auch unter Nichtkaufleuten; dagegen wird Kaufmannseigenschaft und zwar bez. beider Kontrahenten erfordert in Portugal C. do c. 320 und wenigstens bez. des Pfandnehmers nach Württemb. Entw. 409 (vgl. Motiven p. 365). Bez. Italiens vgl. Art. 3 Z. 24 u. Art. 4, sowie auch unten Not. 29. Nach Danieli p. 464 Not. 1 u. Vidari 2466 entscheidet der Karakter der Hauptobligation.

3. Die Handelsgesetzgebung hat das handelsgeschäftliche Pfandgeschäft keineswegs überall und vollständig geregelt. Man ging zum Theil von der Auffassung aus, dass die meisten kaufmännischen Faustpfänder unter die Kommissiongeschäfte fallen,[20]) zum Theil mochte man die civilrechtlichen Normen für ausreichend erachten. In Nürnberg legten überdies Kompetenzbedenken[20a]) dem Gesetzgeber Beschränkungen auf. Durch das H.G.B. wurden, wie an anderer Stelle bereits ausgeführt, wesentlich nur für das unter Kaufleuten unter ganz bestimmten Voraussetzungen vertragsmässig bestellte (sog. **kaufmännische**) Pfandgeschäft etliche und nicht einmal absolute Normen geschaffen.[21]) Auch die spätere Reichsgesetzgebung hat das Pfandgeschäft fast ganz unberücksichtigt gelassen.[22])

Abgesehen von den dürftigen Normen der Art. 309—312 H.G.B. bezüglich des eigentlich kaufmännischen Pfandgeschäfts kommen für das handelsgeschäftliche Pfandgeschäft die allgemeinen Regeln des H.G.B. von den Handelsgeschäften,[23]) eventuell die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung, somit der Hauptsache nach,[24]) das allgemeine bürgerliche Recht[25]) zur Anwendung.

Ueber die Bedeutung des Privilegienrechts der öffentlichen Pfandaustalten, Kreditinstitute und Banken (Art. 312) ist an andrer Stelle schon gehandelt.[26])

4. **Form.** Nicht bloss der kaufmännische, sondern auch jeder handels-

---

[20]) Vgl. Motive des Württemb. Entw. p. 365, Lyon-Caen p. 372 Not. 2, Angeli p. 156 ff. Als Ursachen der Ausdehnung des Handelspfandgeschäfts in der Gegenwart bezeichnet Lyon-Caen die rapide Zunahme der „valeurs mobilières“, die Ueberproduktion und die Aufhebung der Personalexekution.

[20a]) Protok. p. 4575, Goldschmidt II p. 879 Not. 9.

[21]) Art. 309—312, Endemann II p. 64 u. 66 Not. 12 u. 3. Erwähnung des Pfandrechts findet sich in einer ganzen Reihe von Artikeln des H.G.B.

[22]) Das Reichsgesetz v. 21. Juli 1870 hatte nur transitorische Bedeutung (Endemann, oben II p. 70 Not. 21). — Nur bezüglich des Pfandleihgewerbes finden sich Bestimmungen im R.Str.G.B. u. der R.Gew.O. (vgl. unten § 443).

[23]) Goldschmidt p. 877 Not. 5.

[24]) Ebendas. p. 907.

[25]) Nachweisungen neuer Mobiliarpfandgesetze bei Stobbe § 155 Not. 2 u. 3 und bei Goldschmidt a. a. O. Ueber ausserdeutsche Gesetzgebungen bez. des Handelspfandvertrags vgl. oben Not. 19; über Frankreich vgl. besonders Goldschmidt p. 665 Not. 32 u. 890 Not. 25, Lyon-Caen p. 372 ff., Angeli p. 188 ff.; bez. Oesterreichs vgl. auch oben Not. 2.

[26]) Oben II p. 67 (Endemann) Not 14, 16 p. 80 Nr. 5. Eine Nachweisung österr. Privilegien gibt Fischer-Ellinger p. 320 ff., Stubenrauch p. 418 ff. u. v. Kirchstetter, Komm. zu § 461 österr. B.G.B. p. 227 ff.; vgl. auch Zeitschr. f. H.R. XI p. 344 ff. über preussische vgl. Dernburg, Lehrb. § 358 Not. 7 ff., Eccius p. 494 Not. 45, über badische vgl. Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 157, sowie Bingner, Justizgesetze für Baden I Anhang B p. 768 ff., vgl. auch Wagner, Zettelb. p. 334 Not. 688, Goldschmidt p. 900 Not. 19, 927 Not. 58 u. H.G. Carlsruhe 13. Dezbr. 1870 (Busch XXV p. 320, 321). Auch Art. 460 des neuen ital. Codice d. c. conservirt das Privilegienrecht der Banken u. Leihhäuser. Danieli p. 478. — Ueber das Reichsbankpfandprivileg vgl. Laband, Staatsrecht II p. 399 ff.

geschäftliche Pfandvertrag ist formfrei,[27]) es sei denn die Form gewillkürt oder etwa durch Privileg schlechthin angeordnet.[28])

Der formlose Vertrag erzeugt auch dann unter den Kontrahenten **obligatorische** Wirkungen, wenn durch ihn ein rechtsgültiges **dingliches** Pfandrecht, Mangels Beobachtung der **partikularrechtlich** vorgeschriebenen Form,[29]) nicht[30]) begründet wird.[31])

Die Statthaftigkeit des formlosen Vertragsschlusses befreit den Pfandnehmer nicht von der ihm partikularrechtlich[32]) obliegenden Pflicht zur Ausstellung

---

[27]) Art. 317 Abs. 1; bez. des kaufmännischen Pfandvertrags spricht dies der Art. 309 zum Ueberfluss noch ausdrücklich aus (Laband p. 233), Art. 312 resp. 317 Abs. 2 steht nicht entgegen. Vgl. Keyssner p. 318 Not. 20. A. M. allerdings Goldschmidt p. 892 Not. 31 u. 904 Not. 40: „formlos, soweit die Voraussetzungen von Art. 309 zutreffen, oder die Verpfändung auf Seite des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist.“ Unentschieden R.O.H.G. III p. 156 (26. Septbr. 1871), p. 434 (24. Oktbr. 1871), XX p. 77 (2. Mai 1876), XXV p. 272 (31. Jan. 1879). Ueber die Gültigkeit des bloss mündlichen holländ. Prolongationskontrakts vgl. Levy p. 50, 73 ff., Kist p. 412, 416.

[28]) Vgl. Goldschmidt p. 890 Not. 28 u. 928, v. Hahn p. 169, Puchelt, Komm. zu Art. 312 Not. 1, sowie oben Not. 26.

[29]) z. B. Errichtung, Einregistrirung, Uebergabe einer Urkunde. Vgl. die Nachweisungen bei Stobbe § 155 Not. 10 u. Goldschmidt p. 665 Not. 32, 886 Not. 17, 890 Not. 25. Vgl. ferner R.O.H.G. XXV p. 270 (31. Jan. 1879), sowie Motive des Württemb. Entw. p. 365 zu Art. 410 (schriftlicher Vertrag erforderlich) und dagegen das holländ. Gesetz v. 8. Juni 1874 (Art. 1197, 1198 B.W.B. neuer Fassung) bei Kist p. 380 u. Zeitschr. f. H.R. XX p. 197 (Tradition ohne Schriftform ausreichend), das Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 1 (jedes Beweismittel statthaft, dazu Sachs p. 33) und Argentina H.G.B. 742 u. 744 (nach der Tradition dürfen zwar die Gläubiger des Pfandschuldners, nicht aber er selbst den Mangel der Schriftform einwenden). Nach Art. 454 des neuen ital. Cod. d. c. braucht der Vertrag zwar nicht schriftlich errichtet zu werden, aber zum Beweise bedarf es der Urkunde „rispetto ai terzi“, selbst wenn das Pfand von einem Kaufmann oder von einem Nichtkaufmanne in Handelssachen bestellt wird, sobald die Pfandsumme (nicht mehr der Pfandwerth) 500 Lire übersteigt. Vgl. Zeitschr. f. H.R. XXIX p. 169 (Frz. Mittermaier), Danieli p. 467 ff., Vidari 2469 ff. Vgl. auch noch das bad. Ges. die Faustpfandverträge der Kredit- und Vorschussvereine betr. v. 3. April 1872 in Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 157, sowie eine Reihe anderer badischer Privilegien der Faustpfandvertragsform bei Bingner a. a. O. Keinerlei besondere Förmlichkeit erfordert Oesterreich. Fischer-Ellinger p. 291, v. Stubenrauch p. 411. Ueber Frankreich vgl. jetzt besonders Angeli p. 162.

[30]) Trotz Formlosigkeit des Vertrages entsteht bekanntlich das dingliche Recht bei dem sog. kaufmännischen Pfande nach Art. 309; gleichwohl bedarf es doch auch für dieses Pfandrecht der Erfüllung jener landesgesetzlichen Förmlichkeiten, z. B. eines schriftlichen Akts nach preuss. Recht für Verpfändung verbriefter Forderungen, die für die Besitzübertragung des Pfandobjekts erforderlich sind (A.G. Hamm 15. Febr. 1867). Zeitschr. f. H.R. XVII p. 192 ff. Vgl. noch R.O.H.G. III p. 157, XIV p. 29, R.G. I p. 187. Eccius III p. 483 Not. 13.

[31]) l. 9 pr. § 4, l. 11 § 2, l. 22 § 2 u. l. 32 D. XIII 7, Goldschmidt p. 907 Not. 1, Windscheid § 381 Not. 2 u. 4, C. F. Koch p. 484 Not. 1, Eccius a. a. O., Brinz Not. 1. Vgl. auch Chile H.G.B. Art. 813, 128 u. 815, sowie Guatem. 688, 178 u. 687 (formloser Pfandvertrag wirksam unter den Kontrahenten, erzeugt aber kein dinglich wirksames Pfandrecht).

[32]) So nach preussischem, österreichischem, k. sächsischem, auch Frankfurter Recht. Vgl. Goldschmidt p. 886 Not. 18, 891 Not. 31, 950 Not. 3a, Stobbe p. 696 u. 703

eines sog. **Pfandscheins.** In diesem wird über den Empfang des Pfandobjekts quittirt; oft sind auch die Bestimmungen des Pfandvertrags darin verzeichnet. Die Annahme des nur vom Pfandnehmer vollzogenen Pfandscheins ersetzt die durch Art. 311 geforderte schriftliche Vereinbarung über aussergerichtliche Distraktion des kaufmännischen Pfandes **nicht,** soweit nicht etwa das Territorialrecht dem Pfandnehmer günstiger ist.[32a]) Der Pfandvertrag kann ausdrücklich oder **stillschweigend** geschlossen werden. Es genügt, dass der übereinstimmende Wille erkennbar auf Pfandrechtsbestellung zur Forderungssicherung gerichtet ist.[32b]) Insbesondere bedarf es keineswegs des dem Handel anstössigen[33]) Ausdrucks des Verpfändens oder Versetzens; es begegnen und genügen vielmehr, wie oben schon bemerkt,[34]) Umschreibungen, insbesondere deponiren, lombardiren, Sicherheit oder Kaution[35]) bestellen, das Verkaufsrecht einräumen Auch die Wendung, sich ein Objekt zur **Deckung** oder zum **Depot** dienen lassen, wird oft auf den Verpfändungswillen zu beziehen sein; doch kann dieser Ausdruck auch die Einräumung eines Retentions- oder Kompensationsrechts bezeichnen.[35a]) Nicht minder zweideutig ist die Abrede des **Verkaufs auf Wiederkauf;** sie kann sich ebensowohl[36]) auf eine verschleierte Verpfändung beziehen, wie auf eine fiduciarische[37]) Eigenthumsübertragung; letztere wird zwar zu dem gleichen wirthschaftlichen Zwecke, wie die Pfandbestellung, vorgenommen, doch ist sie juristisch davon durchaus verschieden, weil ernstlich auf die Aenderung des Eigenthums (unter

---

Not. 37, Kuntze p. 522. Ueber den Pfandschein der Reichsbank im Lombardverkehr vgl. R. Koch p. 231, 251 ff., wo auch das Formular mit den näheren Bedingungen. Ueber den Pfandschein der Pfandleiher vgl. unten § 443 Not. 62.

[32a]) R.O.H.G. (1. Juni 1875) XVIII p. 6 ff., 12. (preussisches Recht) Eccius III p. 484. R.O.H.G. III p. 155 (26. Septbr. 1871).

[32b]) Anschütz u. v. Völderndorff III p. 171 Not. 8. Brinz Not. 5 u. 7.

[33]) Vgl. oben Not. 3.

[34]) Endemann II p. 69 Not. 16. Vgl. die dort Citirten, besonders Goldschmidt p. 892 Not. 33 ff., Laband p. 234, auch Not. 4—8 dieses Paragraphen. — l. 4 D. XX 1. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis.

[35]) Vgl. unten bei Not. 46. Ueber „riporto" statt „mutuo con pegno" vgl. Vidari 2464.

[35a]) R.O.H.G. XV p. 422 ff., Puchelt Not. 2 zu Art. 310, Pfaff p. 19, vgl. auch den unten Not. 80a erwähnten Fall Zeitschr. f. H.R., XI p. 626, Goldschmidt p. 892 Not. 34 u. 997, Busch, Arch. XXV p. 92, XXXIX p. 329, Dernburg, Pfandr. I p. 185, Anschütz u. v. Völderndorff a. a. O. Not. 9. Puchelt Not. 4 zu Art. 313 u. oben II p. 69 (Endemann).

[36]) Goldschmidt p. 893 Not. 37, 38. Ueber verschleierte Pfandgeschäfte des moslemischen Rechts vgl. v. Tornauw in Zeitschr. f. vgl. R.W. V p. 167. Ueber das „verdeckte Geschäft" Kohler, pfandrechtl. Forschung. p. 163 u. in Iherings Jahrb. XVI p. 140 ff.

[37]) Oben Regelsberger II p. 409. Nur ist bei der fiducia der Geldnehmer zur Zahlung behufs Einlösung verpflichtet, während er bei dem ernsten Verkauf auf Wiederkäufer zu dieser Einlösung nur berechtigt ist. Dernburg, Pfandrecht I p. 13. Vgl. auch Platner, Zeitschr. f. R.G. 126 ff. IV p. 167. Vgl. auch Erk. des R.G. v. 9. u. 13. Oktbr., sowie 24. Septbr. 1880 II p. 168, 170 Not. 1, 173 ff. u. 176 Not. 1, sowie das dort citirte Erk. des O.A.G. Rostock (Budde VIII p. 43, 81) und Bähr, Urtheile des Reichsgerichts p. 62 ff. Ueber das Verhältniss der fiducia zum pignus irregulare vgl. Hanausek p. 170 Not. 17, Goldschmidt 912 Not. 29. Vgl. endlich Angeli p. 113 ff. „du nantissement sous forme de vente" u. p. 143 „vente à réméré".

Vorbehalt eines blossen Eigenthumsrückerwerbungsrechts) gerichtet Ein verschleiertes Pfandgeschäft wird hierbei in der Regel dann als von den Parteien gewollt anzunehmen sein, wenn für Einkauf und Wiederkauf ein niedriger, sich völlig[38]) oder doch nahezu[39]) gleichbleibender Preis festgesetzt ist.[39a]) Bei Verpfändung von Forderungen bedient sich der Verkehr oft des Ausdrucks Cession.[39b]) Bei der Interpretation des Willens wird die Haftung am buchstäblichen Sinne dieser Ausdrücke ganz besonders zu vermeiden, vielmehr „die Gesammtheit der Umstände und die Handelssitte sorgsam zu berücksichtigen sein".[40])

Ist die Schrift auch für den Vertragsschlus nicht nöthig, so ist sie doch bei Handelspfandgeschäften sehr üblich (freilich selten in der Form von beiden Seiten vollzogener Urkunden.[41]) Sie gewährt nach dem H.G.B. (unter den Voraussetzungen des kaufmännischen Pfandrechts) den Vortheil eines erleichterten Pfandverkaufs,[42]) soweit nicht Partikulargesetze[43]) oder Privilegien auch für diese Erleichterung von der Schriftform dispensiren.

5. Das **Objekt** des Handelspfandgeschäfts wird im Geschäftsverkehr oft als **Deckung, Depot** oder **Gegensatz,**[44]) auch wohl, bei Verpfändung von Geld und fungiblen[45]) Werthpapieren. **Kaution**[46]) genannt.

---

[38]) O.A.G. Lübeck v. 17. Febr. 1851 (Römer, Samml. in Frkf. Sachen I p. 401). O.A.G. Celle v. 7. Novbr. 1860. Seuffert VII Nr. 282, Grünhut oben III p. 34. In Holland pflegt bei „geldleening vergezeld van koop en verkoop met beding van wederinkoop" der Preis meist vertragsmässig der Taxation vereideter Makler zur Zeit der vereinbarten Darlehnsrückzahlung vorbehalten zu sein; die höchste Judikatur hat (19. Mai 1859) solche Abrede nicht für Pfand-, sondern für Kaufvertrag erklärt. Levy p. 51 ff., Kist 404 ff.

[39]) Art. 4 des R.Ges. v. 23. Juli 1879 (R.Gew.O. §§ 34, 38) hat den gewerbsmässigen Rückkaufshandel als Pfandleihgewerbe erklärt und bestimmt: „Soweit es sich um diesen Geschäftsbetrieb handelt, gilt die Zahlung des Kaufpreises als Hingabe des Darlehns, der Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem verabredeten Rückkaufspreise als bedungene Vergütung für das Darlehn und die Uebergabe der Sache als Verpfändung derselben für das Darlehn. Vgl. unten § 443 bei Not. 48.

[39a]) Angeli p. 143 „On reconnaissait alors le contrat pignoratif aux caractères suivants: 1) Vilité du prix 2) Consuetudo foenerandi chez l'acheteur, 3) Relocatio de la chose, quand il s'agissait d'un immeuble. Ces caractères du contrat pignoratif, au moins les deux premiers pour ce qui concerne le nantissement mobilier, peuvent guider encore les juges aujourd'hui."

[39b]) Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883 p. 81. Vidari 2464.

[40]) Goldschmidt p. 892.

[41]) Oben II p. 81. (Endemann.)

[42]) Oben II p. 69 Not. 17. (Endemann.)

[43]) Z. B. das österr. Börsenges. v. 1. April 1875 bez. des Pfandverkaufs aus börsengeschäftlichen Pfandgeschäften. Grünhut oben III p. 35, Keyssner p. 308 Not. 2. Vgl. auch oben Endemann II p. 81 Not. 16, sowie auch oben Not. 26 u. unten Not. 84, sowie § 442 Not. 50 ff.

[44]) Thöl § 314 ff. Not. 1, Bender p. 479.

[45]) Oft, aber keineswegs stets fungibel sind Werth-, besonders Inhaberpapiere Zeitschr. f. H.R. IX p. 164 u. 162 (Ob.App.G. Dresden 1861 u. 1860), Goldschmidt p. 908 Not. 5, 912 Not. 28, II (2. Ed.) p. 26 Not. 30, p. 28 Not. 34. Vgl. noch R.O.H.G. XVII p. 399 (24. Juni 1875) u. unten § 442 Not. 24.

[46]) Pfaff p. 6 ff., Goldschmidt p. 908 Not. 5, 912 Not. 29, Dernburg,

Soweit es sich nicht um das kaufmännische Pfandrecht handelt,[47]) bestehen bezüglich des Pfandobjekts nach dem deutschen[48]) Handelsgesetzbuch keine Beschränkungen. Es kommen daher die Normen des bürgerlichen Pfandrechts zur Anwendung. **Nicht** verpfändbar sind gemeinrechtlich Sachen ohne selbständigen Vermögenswerth. Zu diesen gehören **Talons** ohne Hauptpapier nur bedingungsweise,[49]) nämlich nur dann, wenn das **Widerspruchsrecht** gegen die Ausgabe neuer Zinsbogen an den Taloninhaber dem Eigenthümer der Hauptobligation nicht blos **zusteht**, sondern auch von ihm thatsächlich ausgeübt worden ist; die **Möglichkeit** der Entwerthung eines Pfandobjekts besteht auch bei Lotterieloosen, Sparkassenbüchern, Versicherungspolicen; um jener blossen Möglichkeit willen wird man dieselben aber doch nicht für unverpfändbar erachten; vom Sachwerth, den der Talon, wie eine abgestempelte Briefmarke, immer noch haben kann, ganz abgesehen. — Nicht verpfändbar sind ferner der Regel nach die fremden,[50]) sowie die dem Verkehr entzogenen Gegenstände.[51]) Zu letzteren gehören innerhalb des deutschen Reichsgebiets auch die gesetzwidrig emittirten resp. nicht abgestempelten Inhaberpapiere mit Prämie.[52])

Lehrb. § 356. — R.O.H.G. VI p. 438 (28. Juni 1872). Gegen die Exnersche und Pfaffsche Theorie, dass der Kautionsnehmer ein pendentes Pfandrecht resp. ein Pfandrecht an der gegen ihn bestehenden Forderung habe, vgl. jetzt auch Hanausek, Lehre vom uneigentl. Niessbrauch p. 165 ff. u. Leonhard in Zeitschr. f. H.R. XXV p. 431. Nach Hanausek begründet der Kautionsvertrag eine oblig. ad restituendum zu Gunsten des Kautionsbestellers und enthält ein pactum de compensando. Richtig hebt Leonhard a. a. O. hiergegen hervor, dass dies Kompensationsrecht allerdings vertragsmässig eingeräumt sei, jedoch nur unter denselben Bedingungen und in demselben Umfange, wie das Verwerthungsrecht dem Pfandgläubiger bei dem regulären Pfande.

[47]) Darüber ist oben II p. 68 ff. von Endemann gehandelt.

[48]) Ebenso nach franz. u. ital. Recht. Pardessus I 485. — Art. 91 C. d. c. neuer Redaktion, Lyon-Caen p. 373 Not. 3. Vidari 2458. Dagegen verlangen Handelsgegenstände resp. Handelskreditpapiere: Portugal 320, Argent. 751, Brasil. 273, auch der Württemb. Entw. 409. — Das Brasil. H.G.B. a. a. O. schliesst noch ausdrücklich Sklaven und Moventien aus. Ueber statutar. Beschränkungen vgl. unten § 443 Not. 36.

[49]) Das ist zwar vielfach der Fall — R.G. III p. 154 (12. Febr. 1881) —, es könnte aber doch auch bei Emission des Hauptpapiers diese Befugniss dem Eigenthümer einmal ausdrücklich abgesprochen sein. Dernburg, Lehrbuch II p. 215 spricht den Talons die Fähigkeit, Gegenstand eines selbständigen Pfandrechts zu sein, generell ab.

[50]) Goldschmidt p. 896, 899. Vom Partikularrecht ist hier ebenso abgesehen, wie von dem durch Art. 306 zu Gunsten des redlichen Pfandnehmers unter bestimmten Voraussetzungen begründeten Minimalrecht. Vgl. darüber oben Endemann p. 71 Not. 33 ff. Ueber Verpfändung von Sachen des Pfandnehmers vgl. Koch p. 486 Not. 6, Windscheid § 381 Not. 3 u. § 374 Not. 6—8. Ueber das Verbot der Pfandnahme von Gegenständen, bei denen die Vermuthung unrechtmässigen Erwerbs nahe liegt, vgl. § 443 Not. 72.

[51]) Windscheid § 226 a. Not. 1. c. 3, 6 C. VIII 17. Oesterr. B.G.B. § 448. Fischer-Ellinger p. 291. Ueber Forderungen, die nicht verpfändbar sind, vgl. Hellwig p. 70 ff.

[52]) R.O.H.G. XX p. 419. „Ungestempelte Kreditloose sind also für den Umfang des deutschen Reichs extra commercium". Für die Statthaftigkeit der Verpfändung erklärt

An allen übrigen als Objekt eines Vertrags tauglichen beweglichen Sachen,[53]) auch an Wechseln,[53a]) Rektapapieren[54]) und unverbrieften[54a] Forderungen, sowie an allen wenigstens der Ausübung nach veräusserlichen Vermögensrechten kann,[54b]) wenngleich nicht stets kaufmännisches, so doch handelsgeschäftliches Pfand bestellt werden. Auch die eigenen Aktien können von Aktiengesellschaften gültig zum Pfand genommen werden.[55]) Endlich können auch Aktien und

sich, wenn auch zögernd, der anonyme Kommentator des Ges. v. 8. Juni 1871 (Kortkampfsche Ausgabe Bd. 24 der deutschen Reichsgesetze mit Erläuterungen, Berlin 1872) p. 31: weil unter „weiter begeben" nur die definitive Uebertragung oder Veräusserung gemeint sei, weil ferner in den Motiven und dem Kommissionsberichte stets eine gewisse Schonung des vor dem Gesetze erworbenen Rechtes des Besitzers beobachtet worden, weil sodann durch § 3 die Prohibition auch auf die vorhandenen ausländischen Prämienpapiere, sofern sie nicht abgestempelt, erstreckt sei, und weil das Gesetz endlich auch ein Prohibitivgesetz, mithin möglichst eng zu interpretiren sei. Es wäre aber u. E. wohl Sache des Gesetzgebers gewesen, falls er die allgemeine Regel „quod non emptionem venditionem recipit etiam pignerationem recipere non potest" abändern wollte, dies ausdrücklich auszusprechen. Dieser Meinung scheint auch Landgraf, Inhaberpapiere mit Prämien, 1871 p. 11 Not. 4 zu § 29, dessen Argumentation indess zum Theil höchst befremdlich ist. Er sagt wörtlich: „da das Begeben eines Inhaberpapieres, welches bekanntlich mittelst Blanko-Indossament (??) geschieht, die Voraussetzung jeder Uebertragung von Rechten an dem Papier ist, so sind hiermit alle Arten von Rechtsgeschäften, welche die Verfügung über dasselbe aus der Hand geben, ausgeschlossen: Kauf, Tausch, Zahlung u. s. f. Auch Depots? Da hier ein Recht an den Papieren nicht gewährt wird,(?) gewiss nicht; wohl aber Depots zum Zwecke des Lombardirens, denn dem Belehnenden wird ein Recht an dem deponirten Effekt übertragen, somit liegt auch eine gesetzliche Begebung vor, wobei die Bedingtheit der Wirksamkeit des übertragenen Rechtes (Nichterfüllung der Darlehnsschuld) keinen Abbruch thut." Aus der Fassung des Gesetzes, dass sie weder weiter begeben, noch an den Börsen zum Gegenstand eines Geschäfts oder einer Geschaftsvermittlung gemacht werden solle, darf nicht die Erlaubtheit der nicht an einer Börse erfolgten Verpfändung geschlossen werden. Vgl. auch oben § 427 Not. 94a, § 428 Not. 125, unten Not. 59.

[53]) Windscheid a. a. O. C. Fr. Koch p. 485 ff. Ueber Verpfändung von Sachgesammtheiten: vgl. Goldschmidt p. 909 Not. 14, Pfaff p. 18, R.O.H.G. XIV p. 109, Sampajo-Pimentel p. 207 zu Port. C. d. c. A. 318; — von Quoten: vgl. oben II p. 75 Not. 16, auch Goldschmidt p. 891 Not. 30, 908 Not. 11, 958, Laband, Zeitschr. f. H.R. IX p. 232; — von Fungibilien: vgl. oben Not. 17 u. 45, unten § 442 n. 22 ff.; von Geld: vgl. noch Wagner, Zettelb. p. 310, von Kupons: ebendas. p. 321; von res futurae Goldschmidt II p. 17 Not. 15 und die dort Citirten, Windscheid § 239 Not. 10 ff., Eccius p. 471 Not. 39, von Traditionspapieren vgl. oben Endemann II p. 71 Not. 28.

[53a]) Ueber Verpfändung von Wechseln vgl. Wächter, Encyklopädie p. 704—768.

[54]) Vgl. Wagner, Zettelb. p. 328.

[54a]) Wie nach gemeinem, auch nach preuss. L.R. Portugal 315. Nach einer Reihe neuerer Kodifikationen jedoch sind unverbriefte Forderungen überhaupt nicht verpfändbar. Vgl. die Citate bei Hellwig p. 89. Das ung. H.G.B. A. 304 gestattet Verpfändung von Buchforderungen mittelst Uebergabe des mit der Verpfändungserklärung versehenen Buchauszugs unter Vermerk der Verpfändung bei der betr. Post im Handelsbuche.

[54b]) Eccius p. 481.

[55]) Anders nach ungar. H.G.B. 161. Vgl. oben Primker I p. 612 Not. 17. Dass der Gläubiger die Pfandsache zufällig selbst nicht kaufen könne, schadet der Verpfändung

Obligationen, obschon die Gesellschaftsstatuten deren Verpfändung nicht zulassen, verpfändet werden.[55a])

Für die Gültigkeit des Pfandvertrages ist es übrigens unerheblich, ob daraus ein rechtsgültiges Pfandrecht erwächst.[56]) Für die obligatorische Wirksamkeit des Vertrages unter den Kontrahenten kommt es vielmehr nur darauf an, dass die allgemeinen Schranken für den Inhalt der Verträge (Bestimmtheit, Möglichkeit, Erlaubtheit[57]) nicht verletzt sind; daher ist die Gültigkeit des Geschäfts ausgeschlossen, wenn das Objekt einer jeden Bestimmtheit entbehrt[58]) oder einem gesetzlichen Veräusserungtverbot[59]) unterliegt. Dagegen entstehen bei der Verpfändung **fremder** Sachen, auch sofern sie dinglich wirkungslos, doch zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder die vertragsmässigen Obligationen, insbesondere der persönliche Rückgriff des Pfandnehmers gegen den Verpfänder mit der actio pignoratitia contraria.[60])

6. Die **Forderung**, die durch das Pfandgeschäft gesichert werden soll, kann dem Pfandnehmer gegen den Pfandgeber, aber auch gegen eine dritte Person zustehen.[61]) Diese Forderung kann eine klaglose, unkündbare, bedingte, betagte, auch eine blos zukünftige sein.[62]) Die Forderung kann auch eine Wechselforderung sein.[62a]) Es ist kein Erforderniss des Vertrages, dass die Forderung auch nur künftig wirklich entstehe; nicht der Pfandvertrag, nur das Pfandrecht ist dadurch bedingt.[63]) Ueber die Verpfändung für ein fortlaufendes Kreditverhältniss ist an anderer Stelle gehandelt.[64])

---

nicht in ihrer Gültigkeit. l. 24 D. XX, 1 (Kuntze zu Holzschuher II p. 503). Ein Verbot ist auch durch den neuen Entwurf eines Aktiengesetzes Art. 215d beabsichtigt; vgl. Motive in Buschs Archiv 44 p. 337 ff. — De lege ferenda vgl. noch Wagner a. a. O.

[55a]) Angeli p. 165 durch fiduciarische Eigenthumsübertragung behufs Verkaufs bei Nichtzahlung nach Fälligkeit.

[56]) Vgl. oben Not. 31.

[57]) Windscheid § 314.

[58]) Oben II p. 69 Endemann.

[59]) Dernburg II p. 214 Not. 4 hält bez. der ungestempelten Prämieninhaberpapiere (vgl. oben Not. 52) die Veräusserungsverträge nicht für nichtig, sondern nur für strafbar, vgl. jedoch einerseits Windscheid § 230 Not. 2, andererseits auch oben III, p. 87 ff.

[60]) Goldschmidt p. 898 Not. 11, vgl. auch Dernburg, Pfandr. I p. 139 Not. 4 u. C. F. Koch p. 486. Ganz ausnahmsweise entsteht jedoch dann auch nicht einmal eine Obligation, wenn der Pfandnehmer bereits Eigenthümer der verpfändeten Sache ist. Baron, Pandekten § 279 Not. 3. Vgl. überhaupt Vidari 2461 ff.

[61]) Oben Endemann II p. 68 Not. 2. Eccius II p. 467 Not. 20, 463. C. F. Koch p. 485 Not. 4. Vidari 2458.

[62]) Oben Endemann II p. 68. Vgl. auch desselben H.R. p. 687 a. E., p. 688 ff. Not. 4—6, Laband p. 255 ff., Windscheid § 225 Not. 6, § 242 Not. 5, 6—8, Goldschmidt p. 904 ff., Pfaff p. 9—11, Schraut p. 68, Eccius p. 464 Not. 5.

[62a]) Nur die im Wechsel ausgesprochene Pfandbestellung ist wirkungslos. Eccius II p. 467 Not. 19 u. 20, Goldschmidt p. 906 Not. 13, Wächter, Encyklopädie d. W.R. p. 706, 707 Not. 3. Ueber die auch unter Nichtkaufleuten privilegirte Realisation des Pfandes für eine Wechselforderung nach der ungar. W.O. § 106 ff. vgl. Wächter p. 700 Not. 1 u. Zeitschr. f. R.W. IV p. 46.

[63]) Koch p. 486.

[64]) Oben Grünhut p. 935, sowie II p. 68 (Endemann) Goldschmidt p. 905,

7. **Nebenverträge.** Die Kontrahenten können über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten insoweit Verabredungen treffen, als überhaupt die Vertragsfreiheit reicht, also bis an die Grenze des Unsittlichen und **Verbotenen.**

a. Verboten ist gemeinrechtlich, wie nach den meisten modernen Gesetzgebungen[65]), die Verabredung, dass dem Pfandnehmer bei nicht rechtzeitiger Befriedigung das Faustpfand als Eigenthum zufallen soll (**Verfallklausel**, lex commissoria); selbst im **Handelsverkehr**[66]) ist sie, sowie jeder Vertrag **nichtig**, der einen im Voraus vereinbarten Verzicht auf dieses Verbot oder eine Umgehung desselben in sich schliesst. Hieran ist nach der wohl in der Theorie[67]) und jedenfalls in der Praxis[68]) herrschenden Meinung auch durch die Aufhebung der Wuchergesetze nichts geändert; denn obgleich die Verfallklausel häufig genug wucherischen Zwecken dient, so ist dies doch keineswegs stets der Fall; wurde doch auch das konstantinische Verbot gerade zu einer Zeit erlassen, wo der Wucher selbst statthaft war. Es sollte nicht sowohl die Höhe der dem Gläubiger zu gewährenden Vergütigung beschränken, als vielmehr das eine Folgerung aus dem gesetzlich gewollten Wesen des Pfandrechts enthaltende Recht auf Veräusserung sichern.[69]) Auch als blosse Konventionalstrafe kann die Verfallklausel nicht wohl angesehen werden.[70]) Soweit die lex commissoria im Landesrecht erlaubt ist, kann sie auch in Handelssachen stipulirt werden.[70a])

Nicht unter das Verbot fällt

a. der **nach** Verfall geschlossene Vertrag über Ueberlassung des Pfand-

---

910 Not. 19, Pfaff p 10, 11, Levy-Riesser § 43, 47, Kuntze zu Holzschuher II p. 533 und die dort Citirten.

[65]) Preuss. A. L.R. I 20 § 33, österr. B.G.B. § 1371, sächs. B.G.B. § 383, Weimar. Pfandges. v. 1839 § 106, C. c. 2078 Abs. 2. Holl. Ges. v. 8. Juni 1874, B. W. B. Art. a. l. 200 (Zeitschr. f. H.R. XX p. 125), Ital. c. c. 1884. Schweiz. Obl.R. 222 u. 884 Satz 2 Vgl. Goldschmidt p. 914 Not. 5, Stobbe II § 155 Not. 49, Angeli p. 44 ff. u. 139 ff., Vidari 2454 u. 2459 auch oben Endemann II p. 75.

[66]) Goldschmidt a. a. O. Not. 6 u. 7. C. d. c. 93 a l. 4, Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 10, Ital. c. d. c. 459. Danieli p. 476 ff., Gad p. 154, Lyon-Caen p. 380 ff. Vgl. indess auch Holzschuher II p. 559 ff. Ueber die lex commissoria bei Warrants vgl. Hecht p. 86 u. Lyon-Caen p. 391.

[67]) Dernburg I § 339 Not. 7, Mandry p. 404 Not. 7, Stobbe p. 706 Not. 49, Windscheid § 238 Not. 3, Wächter, Pand. II p. 302 ff., Regelsberger, bayr. Hyp.R. p. 390, Eccius III p. 456, Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexikon II p. 660. Achilles, Preuss. Grundbuchr. 3. Ed. p. 266 Not. 5, Bahlmann, Preuss. Grundbuchr., Einl. p. 11, Exner, Oesterr. Hyp. p. 179 Not. 16, v. Kirchstetter, Komm. zu § 1371 Oesterr. B.G.B., Puchelt II p. 135 Not. 11. A. M. sind: Endemann, H.R. p. 352 Not. 43 und die von ihm oben II p. 76 bei Not. 24 citirten Autoren: Förster, Hinschius, Jaques, Wuchergesetzgebung §§ 74—76, v. Meibom, sowie Wittelshöfer, Pfandr. an einer Forderung p. 9 ff.

[68]) Preuss. Ob.Trib. 30. März 1871 (Seuffert XXIX Nr. 114, Striethorst 80 p. 351, Entsch. 65 p. 38), Ob.App.G. Rostock (Budde IX p. 60 ff.), R.G. II Nr. 86 bes. p. 336, II Nr. 12 p. 51 ff. (A. M. war das Berliner Kammergericht).

[69]) Dernburg u. Eccius a. a. O. § 1371 des österr. B.G.B. sagt daher nicht unzutreffend, die qu. Verabredung stehe der Natur des Pfand- und Darlehnsvertrags entgegen.

[70]) Eck a. a. O.: „sonst muss man das gesammte Pfandrecht als solche betrachten."

[70a]) Puchelt p. 133 Not. 8, 139 Not. 8 ff. Vgl. auch R.O.H.G. XIV p. 189.

objekts für einen bestimmten Werth,[71]) soweit nicht etwa nach Partikularrecht [72]) das Gegentheil gelten soll;

b. die (irreguläre) Verpfändung von Fungibilien, denn wenngleich hier das Eigenthum auf den Gläubiger mit dem Pfandvertrage übergeht, so ist doch dieses Aneignungsrecht **nicht** sowohl auf eine besondere **Verabredung,** dass der Gläubiger das Pfand für sich behalten könne, als vielmehr auf die fungible Natur des Pfandstücks zurückzuführen; [73])

c. die Abrede, dass für den Verzugsfall der Pfandnehmer das Pfandobjekt um einen nach Verfall durch Schätzung zu bestimmenden Preis oder zum Tageskurse behalten dürfe oder nicht; denn dies ist ein bedingter Verkauf;[74])

d. die Abrede, dass unabhängig vom Verzuge des Schuldners der Pfandnehmer innerhalb eines gewissen Termins das Pfandobjekt selbst zu einem im Voraus fest bestimmten Preise käuflich übernehmen dürfe oder müsse.[75])

Dass durch die Abreden zu c. und d. das Verbot der lex commissoria leicht umgangen werden kann, ist richtig;[76]) indess werden auch jene Abreden als ungültig zu erachten sein, wenn sie nur in fraudem legis getroffen sind; [77]) die Umgehung des konstantinischen Verbots wird aber dann anzunehmen sein, wenn die Parteien mit der Abrede nur eine erhöhte Sicherung des Gläubigers, nicht die Veräusserung als solche **bezweckt** haben.[78])

b. Die Abrede, durch welche dem Pfandnehmer das Recht der Veräusserung überhaupt entzogen werden soll, ist nach vielen Partikularrechten nichtig.[79]) Gemeinrechtlich ist sie, was freilich bestritten, gültig; sie begründet ein pures

[71]) Gad p. 154 Not. 29, Stobbe, Goldschmidt a. a. O. — So auch nach französischem (Lyon-Caen p. 380 Not. 2) u. preuss. Recht (C. F. Koch p. 503. Eccius p. 455 Not. 31).

[72]) z. B. nach sächs. B.G.B. § 383; nicht aber nach österr. G.B. § 1371, Goldschmidt p. 915 Not. 8, a. M. Stobbe a. a. O. Not. 50.

[73]) Pfaff p. 22.

[74]) l. 16 § 9 D. XX, 1. Thöl § 314 Not. 4, Brinckmann p. 511 Not. 15, Kuntze p. 693 Not. 11, Puchta, Pand. § 207 Not. e. Windscheid § 238 Not. 3. Angeli p. 45 u. 141. — Goldschmidt p. 915 Not. 8 erachtet den Verkauf des Pfandguts nur für statthaft, „insofern durch solchen Verkauf auch der Gläubiger gebunden ist." Unter dieser Voraussetzung erklärt er andererseits aber auch den um irgend einen festen Preis geschlossenen Verkauf für erlaubt (vgl. auch Dernburg II p. 280 ff., Holzschuher II p. 560); a. M. C. F. Koch p. 503 wegen der Worte in l. 16 § 9 cit. „jure emtoris possideat rem justo pretio tunc aestimanda"; vgl. auch Holzschuher III p. 614 Not. c); einen im Voraus bestimmten festen Preis lässt nur unter der Voraussetzung der Angemessenheit zu Seuffert, Arch. III, 12.

[75]) R.O.H.G. VII p. 65.

[76]) Endemann oben II p. 76 Not. 24 a. E. Ueber (statthafte) Umgehung des Verbots bei Warrants durch Giro vgl. Hecht p. 86.

[77]) Holzschuher II p. 560, Endemann a. a. O. Not. 23. Ueber Gesetzesumgehung vgl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts p. 57 ff., Kohler in Iherings Jahrb. XVI p. 144 ff.

[78]) Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon II p. 660.

[79]) Oesterr. G.B. § 1371, sächs. G.B. § 1442 (Schmidt p. 296). Argent. H.G.B. 753. Vidari 2459. Ueber die Wirkung nach preuss. Recht § 26 I, 20 (Befriedigung aus den Früchten, nicht aus der Substanz, event. Hinausschieben des Veräusserungsrechts bis zur Konkurseröffnung) vgl. Goldschmidt p. 912 Not. 28, Eccius p. 456 Not. 33 (bez. Mobiliarpfand).

Nutzungspfand.[80]) Auch die Abrede, die Pfandstücke nicht zu vertauschen, ist neben einem wirklichen Pfandvertrage gemeinrechtlich für wirksam zu erachten.[80a])

c. Streitig ist die Gültigkeit der Abrede, dass der Verpfänder die Sache nicht weiter veräussern oder verpfänden dürfe; die Gültigkeit dürfte anzunehmen sein.[81])

d. Statthaft ist auch — vorbehaltlich partikularrechtlichen Verbots — die Abrede der Erschwerung[82]) oder des Erlasses[83]) der gesetzlichen Veräusserungsmodalitäten, insbesondere auch ausserhalb der Voraussetzungen der Art. 311 und 312 des H.G.B. die Abrede des **aussergerichtlichen**[84]) und des **sofortigen**[85]) **Verkaufs.**

e. Auch die **antichretische** Nebenabrede ist, soweit sie keine Verletzung des Wuchergesetzes vom 24. Mai 1880 enthält, nach gemeinem Recht und vielen Partikulargesetzgebungen gestattet.[86])

---

[80]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen p. 65 ff., bes. p. 71. A. M. Windscheid § 237 Not. 1 u. 5. Nur auf die Modalitäten der Mahnung habe sie Einfluss; Goldschmidt a. a. O. Vgl. auch Holzschuher III p. 615 Not. ad e.

[80a]) Nicht selten wird von den Parteien nicht sowohl Pfand-, als Retentionsrechtsbestellung intendirt sein, wenn sie den Umtausch des Objekts ausgeschlossen haben. Vgl. die Anmerkung Goldschmidts zum Erk. d. österr. Ob.G. v. 9. Oktbr. 1866 (in Zeitschr. f. H.R. XI p. 625, auch XVII p. 193); es waren verheuerte Loose als verheuert unter dem Ausschluss des Umtauschs zur Sicherheit übergeben worden.

[81]) Ueber l. 7 § 2 D. XX 5, vgl. Windscheid § 235 Not. 5 u. § 172a Not. 8, Kohler a. a. O. p. 68. Unwirksam ist das pactum de non amplius oppignorando nach preuss. Recht. Vgl. Eccius p. 490 Not. 23, Koch p. 504. Irrig ist die Annahme, dass sich die weitere Verpfändung in Bezug auf das Faustpfand von selbst verbiete; der eine Pfandgläubiger kann die Sache zugleich für Rechnung des zweiten verwahren. R.G. I p. 203. Vgl. auch Schweizer Obl.R. § 217. A. M. dagegen Koch a. a. O. u. Eccius p. 520, 521. Ueber die Weiterverpfändung mittelst Verpfändung des Pfandscheins vgl. Stobbe § 155 Not. 12.

[82]) Lyon-Caen p. 380.

[83]) Kuntze p. 693. R.O.H.G. XIV p. 183. Unstatthaft ist diese Abrede nach sächs. B.G.B. § 383 (Schmidt p. 290, Goldschmidt p. 921 ff. Not. 42 u. 47, Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 10, Argentina, H.G.B. Art. 753 a. l. 3. Vgl. auch C. c. 2078. Massé IV 2909 Not. 5 u. Angeli p. 142, der trotz Art. 2078 wegen der Revocabilität des Mandats es für statthaft erklärt, dass der Verpfänder dem Pfandnehmer das Mandat gibt „de vendre le gage à l'amiable". Vgl auch Bremer Warrant-Ordnung § 17 u. oben § 432 Not. 125.

[84]) Bender p. 476 ff., 485, Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe p. 107, Goldschmidt a. a. O. u. p. 927 Not. 59. — Ueber preuss. Recht (statthaft, jedoch bei Sachen ohne Marktpreis, Taxe erforderlich) vgl. Dernburg I § 339 Not. 5, Eccius p. 494 Not. 43. Der aussergerichtliche Verkauf ist bei vertragsmässig bestelltem Mobiliarpfand gemeinrechtlich sogar die Regel, vgl. Goldschmidt a. a. O., Windscheid § 237 Not. 11. Den Bankinstituten steht das aussergewöhnliche Verkaufsrecht vielfach durch Privileg zu (vgl. oben Not. 26 u. 43). Ueber die Nothwendigkeit der Schriftform vgl. R.O.H.G. XVIII p. 6, XVI Nr. 33 u. 34 p. 116—125 u. oben Not. 41—43. In einer wenngleich ungültigen lex commissoria liegt der Verzicht auf die gerichtliche Veräusserung Goldschmidt p. 940 Not. 42.

[85]) Thöl § 314 Not. 4, Windscheid § 237 Not. 8, Bender p. 479 ff., Goldschmidt p. 916 Not. 14. Zeitschr. f. H.R. IX p. 167 (Dresden Ob.App.G. 13. März 1862). Das Verkaufsrecht ohne Wartefrist ist vielfach durch Privileg gewährt (vgl. Not. 84), vielfach auch durch Gesetz und Gewohnheitsrecht (vgl. Goldschmidt p. 924 Not. 53, 932 Not. 14 ff.

[86]) Goldschmidt p. 911 Not. 26. Auch nach preuss. Recht (Dernburg §§ 339

f. Sehr üblich und als bedingter Pfand **vor**vertrag völlig statthaft[86a]) ist die Abrede, dass im Falle des Sinkens des Marktpreises resp. Kurses des Pfandobjekts bei Vermeidung sofortiger Fälligkeit des ganzen oder eines Theils der Schuld vom Verpfänder weitere Sicherheit **(Zuschuss, Nachschuss, surplus)** zu leisten sei.[87]) Diese Nachschuss-Abrede kann auch stillschweigend, auch auf Grund einer Usance als gewollt anzunehmen sein. Sie ist bestimmt, das ursprüngliche Verhältniss von Forderung und Sicherheit immer wieder herzustellen.[88])

g. Statthaft ist endlich die Abrede, dass der Pfandgläubiger sich eigenmächtig der verpfändeten Sache des Schuldners bemächtigen dürfe.[88a])

§ 441.

2. Die Pflichten des Verpfänders.

Der Pfandvertrag ist auch nach heutigem Recht Realkontrakt.[89]) Die Uebergabe ist Perfektionsmittel. nicht Erfüllung des Vertrags. Ein **Vorvertrag (pactum de oppignerando)** kann vorangehen. Dann ist der zukünftige Verpfänder behufs Begründung des eigentlichen Pfandvertrags verpflichtet, das Pfandobjekt zu **übergeben.** Insoweit Hypothek an Mobilien noch statthaft[90]) und Hypothek ausdrücklich verabredet ist, ist das Pfandobjekt erst bei Nichtbefriedigung des Gläubigers behufs Veräusserung zu übergeben.[91]) Befindet sich das Pfand unter gemeinsamen Verschluss der Kontrahenten, so ist der Pfandschuldner zur Oeffnung seines Schlosses verbunden, der Pfandgläubiger aber,

---

bei Not. 8, 357 Not. 13, Eccius p. 523 Not. 19 ff.), Koch p. 507 ff., Sächs. G.B. § 476. (Schmidt p. 273). Ueber österr. B.G.B. § 1372 vgl. Stobbe § 155 Not. 36. Kohler p. 255. Argent. 755.

[86a]) Bender p. 482. Thöl § 314 Not. 4. Brinckmann-Endemann p. 511, Kuntze p. 694. Kist a. a. O.

[87]) Diese Abrede begegnet hauptsächlich, aber nicht bloss bei der Verpfändung von Werthpapieren, sondern auch bei Verpfändung von Waaren. (Vgl. Wagner p. 333.) Vgl. über diese Abrede unten § 441 Not. 104.

[88]) Kuntze p. 693 Not. 12. — § 13 der Beding. der Reichsbank. Zeitschr. f. H.R. 23 Beilageheft p. 255.

[88a]) Argentina, H.G.B. 749. „Niemand kann sich aus eigener Befugniss einer Sache des Pfandschuldners bemächtigen, es sei denn, dass ihm dies Recht von dem Schuldner ausdrücklich zugesprochen worden wäre." Auch gemeinrechtlich ist die Selbsthülfe ohne Abrede unstatthaft, vgl. Windscheid § 236 Not. 3.

[89]) Vgl. jetzt besonders Eisele in Zeitschr. f. Schweizer Recht XXV p. 43 ff. u. Eccius III p. 484 Not. 14, auch R.O.H.G. XX 77 u. R.G. I p. 203. Vidari 2454 Vgl. aber auch Brinz Not. 2.

[90]) Das ist zwar gemeinrechtlich der Fall (Windscheid § 231 Not. 1, § 381 Not. 1) und gilt in Ermangelung landesgesetzlichen Verbots auch für den Handel (Goldschmidt p. 890). Jedoch ist nach den meisten Partikulargesetzen nur Mobiliarfaustpfand anerkannt; Nachweis bei Stobbe p. 694 Not. 5 ff. — Das kaufmännische Pfand ist nur Faustpfand. Hypothek statthaft z. B. nach Rostocker Stadtrecht (R.G. I p. 354); nur an Viehstücken unter Ingrossation in der Schweiz (Obl.R. Art. 210, Zürich.G.B. § 874 ff., Hafner p. 61). Nur Faustpfand anerkannt in Frankreich C. d. c. 92, Ital. C. d. c. 456, Argent. 750, Brasil. 271, 274, Chile 817, Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 1. Vgl. aber auch D. R.Konk.O. § 40. Einf.Ges. § 14 u. Civ.Proz.O. § 709.

[91]) Vgl. aber auch Windscheid § 234.

ohne das ihm dies Recht eingeräumt worden wäre, nicht zur Oeffnung befugt.[92]) Einstweilige Rückgabe des Pfandes unter Vorbehalt des Pfandrechts[93]) oder arglistige Entreissung des Pfandes durch den Pfandgeber[94]) verpflichten zur Rückgabe auf Verlangen des Gläubigers.[95]) Ist der Schuldner ausser Stande, das ausbedungene Pfand zu übergeben, weil er es etwa verloren oder ganz oder theilweise weiterveräussert hat, so ist er verpflichtet, an dessen Stelle ein anderes gleichwerthiges Objekt zu geben[96]) oder die zu sichernde Forderung, selbst wenn deren Verfallzeit eingetreten ist, sofort zu bezahlen.[96a])

Die Besitzübertragung behufs Begründung des kaufmännischen Pfandrechts ist bereits oben II, p. 70 Gegenstand der Erörterung gewesen. Liegen die Voraussetzungen des Art. 309 bei handelsgeschäftlichem Pfandvertrag nicht vor, so kommen die Bestimmungen des **bürgerlichen** Rechts durchaus zur Anwendung, mit der einen reichsgesetzlichen Ausnahme des Art. 649 des H.G.B., dass der Besitzerwerb mittelst Ordrekonnossements unbedingt genügt.[97]) **Für Ordrepapiere** genügt die Uebergabe des indossirten Papiers, und zwar braucht der Pfandgeber im Zweifel nur ein **Pfandindossament** aufzusetzen;[97a]) partikularrechtlich können Ordrepapiere sogar ohne jedes Indossament verpfändet werden.[97b])

---

[92]) Vgl. R.O.H.G. XIV p. 112 (19. Juni 1874). Die Weigerung der Oeffnung kann nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden. Keyssner Not. 6 zu Art. 309. Vgl. auch oben Not. 88 a.

[93]) Dernburg, Preuss. R. I § 359 Not. 4. Windscheid § 248 Not. 4. R.O.H.G. XIV p. 192 ff. (22. Septbr. 1874), XXV p. 86 (5. März 1879), Goldschmidt p. 950 ff.

[94]) R.O.H.G. (27. Febr. 1875) XVII p. 365, l. 3 D. XIII 7.

[95]) Windscheid § 382 Not. 17. R.O.H.G. (22. Septbr. 1874), XIV p. 192 ff., 195. — Ueber das Erlöschen des dinglichen Rechts („mit der Hand stirbt das Pfand") vgl. R.Civ.Proz.O. § 710, R.K.O. § 40, Einf.Ges. zur R.K.O. § 14 Abs. 1, Dernburg § 357 Not. 17 u. 18, Goldschmidt p. 952, Stobbe § 155 Not. 38, 39a. Vgl. oben Endemann II p. 77 Not. 34. Schweizer Obl.R. 219.

[96]) Argent. 748 bestimmt dies ausdrücklich.

[96a]) Dresd. Entw. Art. 958.

[97]) Bezüglich der übrigen Traditionspapiere (Rektakonnossement, Ladeschein. Warrant) entscheidet sich die Frage nach der Landesgesetzgebung R.O.H.G. XI p. 413 (19. Novbr. 1873) u. XXV p. 356 (15. März 1879), Einf.Ges. zur R.K.O. § 14. — Vgl. Dernburg, Preuss. R. I § 354 Not. 8. Endemann oben II p. 39 ff. Not. 12, 40, 41, Stobbe p. 697 Not. 14, Goldschmidt p. 894. Lyon-Caen p. 379 (C. d. c. 92 al. 2). Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 2. Schweizer Obl.R. § 212. Brasil. 274, 199, 200 Z. 4, Port. 472, 314, Argent. 752, 529. Vidari 2490 ff. — Württemb. Entw. 411, 337 (Konnoss., Frachtbrief oder Faktur). Ueber pfandweise Uebergabe der Faktur vgl. Motive des Würtemb. E. p. 314, Eccius III p. 534, neuestens Nagelstock in den Wiener Jurist. Blättern 1883 No. 41. — Chile 817 verlangt „in Händen haben", vgl. aber auch 286. Ueber Verpfändung mittelst Warrants vgl. oben § 432 Not. 102 ff.

[97a]) Die Klausel „valeur (remise) en garantie" ist wie im französischen Recht obligatorisch auch nach Argent. 758 (jedoch Beweis, dass das Vollgiro nur fiduziarisch ertheilt, nachgelassen); fakultativ ist sie zugelassen durch den ital. C. d. c. 455. Danieli p. 469 u. 472. Vidari 2487. Das Schweizer Obl.R. Art. 212 u. 214 bedient sich genau, wie H.G.B. 309, des umstrittenen Ausdrucks „Uebergabe des indossirten Papiers". Vgl. oben II p. 71 Not. 30, auch noch O. Wächter, Encyklopädie p. 705, Angeli p. 164 ff.

[97b]) Stobbe § 155 Not. 21, Laband p. 250, Seuffert XXXII Nr. 24 (München).

a. Ist eine Forderung verpfändet, ohne dass die Beweisurkunde schon bei der Verpfändung übergeben worden, so ist der Verpfänder zur Herausgabe derselben erst dann verpflichtet, wenn ihr Besitz zur Ausübung der Forderung nothwendig ist.[97c])

b. die auf das Pfand gemachten nothwendigen oder im Interesse des Verpfänders liegenden Verwendungen zu ersetzen.[98]) Hierher gehören wenigstens der Regel nach auch die Kosten der ohne erhaltenen Auftrag genommenen Versicherung[99]) und des behufs Erzielung eines vortheilhaften Verkaufs veranlassten Transports.[100])

c. die Verpflichtungen abzunehmen, welche der Pfandgläubiger zur Erhaltung des Pfandes oder bei Gelegenheit des Verkaufs zur Erzielung eines angemessenen Preises übernehmen musste.[101])

d. den Schaden zu ersetzen, den die Pfandsache in Folge der Arglist oder Nachlässigkeit des Verpfänders dem Pfandnehmer verursacht hat.[102]) Ist die Pfandbestellung für den Verpfänder Handelsgeschäft, so ist die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns von ihm anzuwenden (Art. 282).[103]) Ist nur die Pfandnahme Handelsgeschäft, so haftet der Verpfänder, der für die Schuld eines Dritten unentgeltlich Pfand bestellt, nur für grobe Schuld; jeder andere Verpfänder haftet auch für gewöhnliche culpa.

e. Hat der Pfandgeber vertragswidrig eine fremde, fehlerhafte oder der versprochenen Eigenschaften entbehrende Sache dem hiervon nicht unterrichteten Pfandnehmer übergeben, so haftet er auf das Interesse und muss überdies eine andere taugliche, die bezweckte Sicherheit gewährende Sache zum Pfande be-

---

97c) Hellwig p. 245 Not. 478.

98) Windscheid § 382 Not. 14. Dernburg, Pfandrecht I p. 161 ff., Goldschmidt p. 908 Not. 8 und die dort Citirten; vgl. auch Angeli p. 64 ff. u. 154 ff., C. F. Koch p. 500 u. Eccius p. 524 Not. 31, Schneider u. Fick p. 181 zu Art. 220 Schweiz. Obl.R., Vidari 2519, Gad p. 156 vor Not. 36: „In die Pfandschuld selbst treten sie (nach gemeinem, preuss., österr. und franz. Recht) nur hinein, wo dies bedungen ist. Brinz Not. 16. Vgl. auch Kohler, Pfandr. Forsch. p. 219 (und die dort Citirten u. 243 ff. Nach dem Dresden. Entwurf 959 haftet der Pfandnehmer für die nützlichen Verwendungen vor, soweit sie mit seiner Einwilligung gemacht sind.

99) Vgl. Prot. p. 1205 u. v. Hahn II p. 483 Not. 12, oben III p. 207 u. p. 904.

100) Nach den Lombardbedingungen der Reichsbank (R. Koch. Zeitschr. f. H.R. Beilageheft zu XXIII p. 254, 257) verpflichtet sich der Verpfänder zur Tragung der Kosten des Transports etc., wenn die Reichsbank den Transport zum Verkauf oder zur Aufbewahrung „zu ihrer Sicherheit, zum Zweck des Verkaufs oder aus sonstigen Gründen für angemessen erachtet“ (§ 1); bei Waarenverpfändung übernimmt der Verpfänder auch diejenigen Kosten, die der Bank durch sonstige von der Bank für nöthig erachtete Maassregeln entstehen (§ 20).

101) Windscheid § 382 Not. 15. Baron §§ 279 Not. 11. Brinz Not. 15 u. 39, 42.

102) Windscheid § 382 Not. 16, Holzschuher III p. 616 Note, Dernburg, Pfandr. I p. 161 ff., Eccius III p. 525 Not. 32.

103) Goldschmidt p. 907.

stellen.[103a]) War eine Forderung verpfändet, deren Geltendmachung im Prozess oder der Exekutionsinstanz der Pfandnehmer erfolglos versuchte, so hat der Verpfänder auch die Prozesskosten zu tragen.[103b])

Ist vertragsmässig übergeben, das Pfand aber demnächst ohne Schuld des Pfandgebers untergegangen, verschlechtert oder entwerthet, so haftet der Pfandgeber **nicht** für bessere Sicherheit, es sei denn (was namentlich bei Börsenpapier-, aber auch bei Waarenverpfändungen höchst üblich)[104]) ein Nachschuss für jene Fälle oder Pfandbestellung in einer gewissen Höhe **verabredet.**[105]) Ein allgemeines Gewohnheitsrecht, das für das Pfand- oder auch nur für das Depotgeschäft eine **Pflicht** zur Nachschussbestellung bei Kursfall statuirte, ist nicht erweislich.

Ist Nachschuss verabredet, so ist er im Zweifel sofort[106]) in **denselben** Objekten und bis zur Ausgleichung des zu sichernden Forderungsbetrages zu leisten.[106a]) An den nachgelieferten Objekten besteht das Pfandrecht jedoch erst vom Moment der Errichtung des Nachschusses an.[106b])

Die Beweislast der Werthverringerung trifft den Pfandnehmer.[107]) Aus dem Umstande, dass in einer Krisis der Börsen- oder Marktpreis nicht notirt worden,

---

[103a]) Angeli p. 62 gibt anscheinend dem Gläubiger die Wahl zwischen Schadensersatz und Konstituirung eines anderen Pfandes. Dresden. Entw. Art. 958 verpflichtet bei Entwährung des Pfandes zur Surrogirung oder zur sofortigen Zahlung der noch nicht fälligen Forderung. Holzschuher II p. 548, III p. 616. Thibaut, System § 794, Windscheid § 382 Not. 18, Dernburg, Pfandr. I. p. 168, Glück XIV p. 465. Nach Meinung Anderer (Schilter, Brunnemann, Gesterding) kann er nur Entschädigung oder sofortige Zahlung des unbedeckten Theils der an sich noch nicht fälligen Schuld fordern (Holzschuher II p. 548), Kirchstetter p. 225 Not. 1 zu § 459 d. österr. B.G.B.

[103b]) Vgl. Hellwig p. 243.

[104]) Vgl. oben Not. 87. Auch bei den französ. Kreditinstituten, z. B. bei der Banque de France. Angeli p. 181.

[105]) Goldschmidt p. 908 Not. 10, Gad p. 153. Stobbe § 155 Not. 34; Bastiné p. 171 (bez. der couvertures, welche den agents de change Seitens ihrer Auftraggeber gemacht werden). — Auch Thöl § 314 Not. 4 u. Kuntze p. 693 sprechen nur von der sehr häufigen Vereinbarung oder Verabredung des Nachschusses. Bender p. 482 ff. bezeichnet ihn als das bei dem Versatzgeschäft Usuelle, wie es in den desfallsigen Schlussbriefen vorzukommen pflegt. Vgl. noch Eccius III p. 491 bei Not. 26. — Für das Lombardgeschäft nehmen gesetzliche, nicht bloss vertragsmässige Nachschusspflicht an: Brunner oben II p. 209, Gareis H.R. p. 408; vgl. auch Endemann p. 691 u. oben II p. 74 Not. 9 (sogar für jedes Pfandgeschäft). Auf Grund des § 458 d. österr. B.G.B. bejaht für jedes Pfandgeschäft die Nachschusspflicht Fischer-Ellinger p. 291, 292 f. Unbestimmt Schraut p. 69, dass die Lombardbanken zumeist berechtigt sind, Nachschuss zu verlangen.

[106]) Bender p. 483, Kuntze p. 693 Not. 12 u. 13.

[106a]) Gewöhnlich ist die Frist vertragsmässig festgesetzt. Nach Bender „usuell 24 Stunden seit der Aufforderung“. Nach Reichsbankbedingungen §§ 13 u. 21 binnen 3 Tagen.

[106b]) Thöl § 314 Not. 4. Brinckmann p. 511 Not. 17. Goldschmidt p. 909 Not. 13.

[107]) Bender p. 493 Note.

folgt nicht ohne Weiteres, dass der Preis unter das bedungene Minimum gefallen.[108]) Wenn sich der Preis nach dem Kursfall wieder über die zum Nachschuss verpflichtete Werthgrenze hebt, so ist doch dem Gläubiger im Zweifel das Recht auf die Nachschussleistung bereits erworben.[109]) Nichterfüllung der vertragsmässigen Nachschusspflicht berechtigt den Pfandnehmer im Zweifel nur dazu, auf Nachschuss zu klagen; die Hauptforderung wird nur dann fällig, wenn dies ausdrücklich ausbedungen ist; nur in letzterem Falle darf also der Gläubiger bei unterbleibendem Nachschuss sich aus dem Pfandobjekt sofort befriedigen.[110])

Auch ohne vertragsmässige Nachschusspflicht ist der Schuldner verpflichtet, falls der exekutive Verkauf des Pfandobjekts die Forderung des Pfandnehmers nicht deckt, den Ausfall zu ersetzen.[111])

f. Nur in Folge besonderer Abrede ist der Verpfänder zur Versicherung[112]) und zur Vornahme einer Bearbeitung des Pfandes verpflichtet.[113])

§ 442.

3. Die Pflichten des Pfandnehmers.

Der Pfandnehmer ist verpflichtet,

1. die empfangene Pfandsache mit voller Sorgfalt zu **verwahren.**[1]) Ist das Geschäft für ihn Handelsgeschäft, so hat er die Sorgfalt eines ordentlichen Kauf-

---

[108]) Ebendas. p. 486 ff.

[109]) Anscheinend anderer Meinung Bender p. 488.

[110]) Anderer Meinung anscheinend Brinckmann-Endemann p. 511. Diese Befugniss wird allerdings gewöhnlich in den Vertrag aufgenommen, vgl. Bender p. 483 u. Reichsbankbedingungen §§ 13 u. 21: widrigenfalls die Bank, wenn sie nicht die Wiederherstellung der Sicherheit im Rechtswege verfolgen will, jederzeit berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, sich aus dem Unterpfande bezahlt zu machen. — Auch in den holländischen Beleening-Verträgen wird Fälligkeit der ganzen Forderung für unterlassene Wiederherstellung des surplus (Kist p. 392), bei sog. prolongatie Verwirkung des Rechts auf Rückerwerb ausbedungen (Kist p. 404 u. 422).

[111]) Stobbe p. 694 Not. 4. Hübner p. 105. Reichsbankbedingungen § 7 („.. so bleibt der persönliche Anspruch wegen des Fehlenden an den Verpfänder vorbehalten selbst wenn er seine Rechte und Verbindlichkeiten aus diesem Pfandschein einem Anderen übertragen sollte"), §§ 13 u. 21. Busch, Archiv XXX p. 115 (Erk. d. österr. O.G. von 24. Juni 1873). Eine Ausnahme besteht, von der Bodmerei abgesehen, nur ganz partikulär bezüglich des gewerbmässigen Pfandverleihers. Königl. sächs. Ges. v. 21. April 1 § 12 „Geht das Pfand unter oder ... wird für dasselbe ein den Betrag der Forderung des Pfandleihers erreichender Erlös nicht erzielt, so steht dem Pfandleiher gegen den Verpfänder aus dem Darlehnsvertrage eine Klage nicht zu." Vgl. unten § 443 Not. 8

[112]) Reichsbankbedingungen § 18 (unten § 442 Not. 9).

[113]) Vgl. den vom R.G. v. 3. März 1880 (I p. 352) entschiedenen Fall.

[1]) Oben Endemann II p. 74, Laband p. 274 ff., Koch p. 487. Holzschuher III 615 ff., Eccius p. 521. — Pardessus I Nr. 487 „avec les mêmes soins que le dépositaire salarié." Code civil 2079. Vgl. aber auch Angeli p. 148 ff. Vgl. Dresd. Entw. 955 u. 229 (für geringe Fahrlässigkeit). Argent. 754 u. 765: Der Gläubiger welcher von seinem Schuldner irgend eine Sache in Pfand erhält, wird durch diese Thatsache ein wirklicher Depositar derselben mit allen Pflichten und Verant-

manns in dem oben II p. 504 festgestellten Sinne anzuwenden, er mag Kaufmann sein oder nicht.[2]) Die Vereinbarung eines anderen Haftungsmaasses ist statthaft, nur darf die Haftung für dolus und grobes Versehn nicht ausgeschlossen werden.[3])

Die Unterbringung in einer staatlich zur Aufbewahrung ermächtigten Anstalt oder in einem anderen allgemein für sicher angesehenen Aufbewahrungsort ist als sorgfältige Verwahrung anzusehen.[4])

Der Ort der Verwahrung darf vom Pfandnehmer nicht ohne Zustimmung des Verpfänders verändert werden, es sei denn anderes vereinbart oder Gefahr im Verzuge.[5])

2. Das Pfandobjekt mit der erwähnten Sorgfalt zu **verwalten,** sofern es der Verwaltung bedarf.[6]) Daher hat im Zweifel der Pfandnehmer, wenn dies nach der Beschaffenheit des Objekts erforderlich, die öftere **Besichtigung** oder die von Zeit zu Zeit (z. B. bei Wein, Getreide) etwa erforderliche **Bearbeitung** (Behandlung) vornehmen zu lassen.[7]) Liegt die Bearbeitung vertragsmässig dem Verpfänder ob, so darf ihn der Pfandnehmer an der Vornahme der erforderlichen Maassnahmen nicht hindern.[8]) Die steuer- und sicherheitspolizeilichen Maassnahmen hat der Pfandnehmer zu treffen, für etwa verwirkte Strafe haftet er.[8a])

Zur **Versicherung** des Pfandobjekts ist der Pfandnehmer, wie sich aus dem H.G.B. 367a l. 2 schliessen lässt, nur verpflichtet, sofern dies vereinbart oder usancemässig ist.[9]) Auch zur Kontrolle darüber, ob **verpfändete Loospapiere** gezogen worden, ist der Pfandnehmer nicht ohne besondere ausdrückliche oder

---

wortlichkeiten eines solchen. Brasil. 276 „... als wahrhafter Verwahrer der empfangenen Sache angesehen.“ Chile 818. Dass die Pflicht zur custodia den Pfandnehmer nicht zum Depositar macht, vgl. oben § 430 Not. 6. Vidari 2455 u. 2507, vgl. aber auch Busch VII p. 281 ff. (Preuss. Ob.Trib. v. 7. Febr. 1865) u. l. 13 § 1 D. XIII 7: venit autem in hac actione dolus et culpa ut in commodato, venit et custodia.

[2]) Goldschmidt p. 907 Not. 4. Vgl. noch Vidari 2511.

[3]) Reichsbankbedingungen § 19 „Die Bank haftet für keinerlei Schaden, welcher ohne deren grobes Versehen während des Lagerns an den Waaren entsteht.“ Vgl. auch oben II p. 504 (Regelsberger). Koch p. 492 Not. 20a.

[4]) c. 9 C. IV 24 „si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint.“ Holzschuher p. 616.

[5]) Vgl. oben Not. 100, auch R.G. VII p. 195 (18. März 1882).

[6]) Koch p. 487 Not. 1. Nicht nur fruchttragende Sachen (Eccius p. 522) bedürfen der Verwaltung. Dresd. Entw. Art. 955. Schneider u. Fick p. 181.

[7]) Laband p. 274. Vgl. auch Ital. Cod. d. c. 457 „Il creditore deve fare gli att necessari per la conservazione della cosa data in pegno.“ Danieli p. 473, Vidari 2510 ff. Vgl. auch Grünhut, Kommiss. p. 216.

[8]) Vgl. Reichsbankbedingungen § 19 a. E., auch R.G.

[8a]) Laband a. a. O.

[9]) Laband p. 274 Not. 3, vgl. auch Dernburg II § 212 Not. 5, sowie oben § 441 Not. 99 u. 112. Zur Versicherung des Pfandes ist die Reichsbank nach § 18 der Bedingungen berechtigt, aber nicht verpflichtet: dagegen verpflichtet den Pfandleiher § 12 des Züricher Ges. v. 21. Mai 1882 zur Versicherung (Hafner p. 63 zu Art. 220 des schweiz. Obl.R.). Vgl. auch unten § 443 Not. 68.

stillschweigende Abrede verpflichtet.[9a]) Ebenso ist es nicht Pflicht des Pfandnehmers, auf etwaige Konvertirungen, Kündigungen, Bezugsrechte und Anmeldungen zu Generalversammlungen den Verpfänder besonders aufmerksam zu machen. Sind Forderungen verpfändet, so hat der Pfandnehmer im Zweifel die Pflicht der rechtzeitigen[10]) und gehörigen Beitreibung,[10a]) mithin auch zur Vornahme aller der Handlungen, die für die Erhaltung der betreffenden Forderung erforderlich sind,[11]) insbesondere also bei Wechselforderungen zur Präsentation, Protestation und Notifikation.[12])

Zur Ausklagung des Drittschuldners ist jedoch der Pfandnehmer nicht ohne besondere Abrede verbunden.[13])

Die zur Erhaltung der Sache resp. Forderung nothwendigen Kosten hat der Pfandnehmer wohl nur soweit er es übernommen, oder insoweit ausreichende Deckung vorliegt, zu verauslagen.[14]) Sind Werthpapiere verpfändet, bezüglich deren noch Einzahlungen zu machen sind, so ist der Pfandnehmer nur in demselben Umfange, wie ein Depositar, zur Einzahlung verpflichtet resp. berechtigt.[15])

[9a]) Nach den Reichsbankbeding. § 12 ist ausdrücklich dem Verpfänder die Besorgung der Sicherungsmaassregeln bei verpfändeten Effekten, die einer Kündigung, Verloosung oder sonstigen Veränderung unterliegen, auferlegt. Vgl. auch Ges. v. 2. Juni 1869 § 6 Abs. 3 (bezüglich der Kautionen der Reichsbeamten). (Laband, Staatsrecht des deutsch. Reichs I p. 417).

[10]) Laband, Z. IX p. 267, 274, Goldschmidt p. 908 Not. 7, Dernburg, Preuss. Priv.R. I § 361 nach Not. 13, Keyssner Nr. 11 zu Art. 309. Württemberg. Entw. Art. 408 u. 412, Pardessus Nr. 488 „car dans ce cas, recevoir et même exiger, c'est conserver."

[10a]) Diese Pflicht wurde in Nürnberg von einzelnen Konferenzmitgliedern ausdrücklich bejaht (Protok. p. 4576), vgl. Auerbach in Siebenhaars Archiv XI p. 364 Not. 5 u. oben II p. 208 Not. 8 (Brunner), Angeli p. 168 (bezüglich der effets de commerce). Anderer Meinung (nur Recht, nicht Pflicht des Pfandgläubigers) für das Civilrecht Hellwig p. 240 ff. nach Analogie l. 6 pr. D. XIII, 7.

[11]) Ital. C. d. c. 457, Portug. C. d. c. 316, Portug. Entw. Art. 282 u. Motive (bei Sampajo Pimentel IV p. 250). Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 3: „Der Pfandleiher erhebt am Verfalltage die Zinsen, Dividenden und Kapitalbeträge der verpfändeten Werthe." Argentina 759. Guatem. 692.

[12]) Laband p. 275 ff. O.A.G. Kiel 31. März 1852 (Seuffert V 307), Keyssner a. a. O. Not. 11, Wächter, Encykl. p. 705, W.R. p. 446, Puchelt Not. 9 zu Art. 310. Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 3 a. l. 2: „Besteht das Pfand aus Wechseln, so hat der Pfandverleiher die Rechte und Pflichten des Inhabers." Brasil. 277. Vidari 2515.

[13]) Württemb. Entw. 407. Motive p. 363: wohl aber zu gerichtlichen Schritten behufs Sicherung.

[14]) Vgl. oben § 431 Not. 11 ff. Die Protestkosten scheint nach Ital. C. d. c. 457 der Pfandnehmer verauslagen zu müssen. Danieli p. 471, Vidari 2512.

[15]) Vgl. oben § 431 Not. 13, Vidari a. a. O., aber auch Brasil. 277: „Besteht die verpfändete Sache in Kreditpapieren, so hat der Gläubiger, welcher sie in Pfand hält, an Stelle des Schuldners alle Handlungen vorzunehmen, welche zur Erhaltung des Werthes der Urkunden selbst, sowie der Rechte des Schuldners erforderlich sind, und wird für jede Unterlassung, welche ihm in dieser Beziehung zur Last fallen könnte, dem Schuldner verantwortlich." Württemb. Art. 412 u. 407: „. . . auch sonst alles vorzukehren, was nöthig ist, um dergleichen Papieren ihren Werth und

Als Verwalter hat der Pfandnehmer auch die **Früchte** des fruchttragenden Pfandobjekts, selbst ohne besonders übernommene Verpflichtung,[16]) zu gewinnen und zu verwerthen. Sind Werthpapiere verpfändet und mit den Hauptobligationen, was unter Kaufleuten die Regel ist,[17]) die Kuponsbogen übergeben, so hat der Pfandnehmer, soweit nicht Abrede oder Partikulargesetz[18]) entgegensteht, die fälligen Zinsen und Dividendenscheine vor Eintritt der Verjährung unter Verauslegung der etwaigen (durch das Pfand gedeckten) Erhebungskosten einzuziehen,[19]) auch die neuen Kuponsbogen auf die Talons zu erheben.[19a])

3. Des Gebrauchs und der Nutzung hat der Pfandnehmer sich bei Vermeidung der Haftung für Zufall zu enthalten, es sei denn das Gegentheil verabredet.[19b])

4. Die Pfandsache auf Erfordern des Verpfänders diesem, sowie etwaigen Kauflustigen vorzuweisen.[20])

5. Dem Verpfänder von jedem Schaden oder Verlust, den das Pfandobjekt betroffen, sofort Anzeige zu erstatten.[21])

6. Das Pfandobjekt nach Tilgung der Schuld zurückzuerstatten und zwar der Regel nach in specie. Die Zurückgabe in genere ist Ausnahme; sie bedarf ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Verpfänders.[22]) Still-

---

gesetzliche Wirksamkeit zu erhalten.“ Argent. 759 u. 728: „. . . sowie alle übrigen Vorkehrungen zur Erhaltung ihres (der Kreditpapiere) Werthes und ihrer gesetzlichen Wirkung . . .“ Chile 811 u. 818. Guatem. 692. Ital. 457: „Il creditore deve fare gli atti necessari per la conservazione della cosa data in pegno.“ Vgl. übrigens auch Dernburg, Pfandr. I p. 152; dass der Pfandnehmer kein Opfer zu bringen brauche, beweist l. 43 D. XIII, 7 indess nicht.

[16]) Koch p. 489, Dernburg, Pfandr. I p. 152, Eccius p. 522, Schneider u. Fick p. 181 zu Art. 220. Vidari 2514.

[17]) R.O.H.G. XIX p. 83 ff. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die übergebenen Kuponsbogen (Laband p. 252). Bestehen von der Haupturkunde trennbare Urkunden über die Nebenleistung, so gelten sie nach Schweizer Oblig.R. Art. 216, soweit mitübergeben, als mitverpfändet; bestehen keine solche Urkunden, so gilt nur der laufende Zins, nicht der rückständige als mitverpfändet. Nach Hellwig p. 136 ist im Zweifel anzunehmen, dass bei verpfändeter Forderung der Verpfänder bis zur Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers in dem Zinsgenusse nicht beschränkt werde.

[18]) Nach Art. 216 des Schweizer Oblig.R. hat der Pfandnehmer nur die Pflicht, die jeweilen verfallenen Kupons dem Schuldner zu verabfolgen.

[19]) Laband p. 275, Pardessus Nr. 488, Angeli p. 168, Kuntze p. 694, Württemb. Entw. Art. 412 u. 407, Argent. 759 u. 728, Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 3, Brasil. 277, Chile 811 u. 818. Vidari a. a. O. — Nur als Recht, nicht als Pflicht erscheint diese Einziehung im hessisch. Ges. v. 15. Septbr. 1858 (Zeitschr. f. H.R. III p. 175).

[19a]) Vgl. auch die Bestimmung im R.G. v. 2. Juni 1869 § 6 (Laband, Staatsr. I p. 417. Vgl. oben § 431 Not. 9).

[19b]) Laband Z. IX p. 275. Goldschmidt p. 911 Not. 26. Koch p. 488 ff. Eccius p. 521. Argent. 755. Nach preuss. R. u. schweiz. Oblig.R. 218, 220 a. l. 2 darf er auch nicht weiter verpfänden. Vgl. noch unten Not. 30, Vidari 2516 ff.

[20]) Windscheid § 382 Not. 1a, Pardessus Nr. 489.

[21]) Erk. d. preuss. Ob.Trib. v. 7. Febr. 1865 bei Busch VII p. 231—233.

[22]) Goldschmidt p. 908, Kuntze p. 694, oben Endemann p. 74, Gad p. 155

schweigende Genehmigung liegt regelmässig in der Verpfändung nicht verschlossen übergebenen Geldes (sog. Baarkaution); [23]) dagegen nicht nothwendig in der unverschlossenen Hingabe fungibler [24]) Werthpapiere, mag auch ein rechtliches Interesse des Verpfänders an der Erhaltung der Spezies nicht erkennbar hervortreten. [25]) Dass der Tauschwerth der einzelnen fungiblen Sache identisch zu sein pflegt, reicht an und für sich noch nicht aus, dieselben auch als rechtlich identisch anzusehen. [26]) Für die Beurtheilung der Frage, ob im konkreten Falle Restitution in genere oder in specie gewollt ist, [27]) gewährt die Angabe der Nummer, Serie, Emission, Littera vor, bei oder nach der Verpfändung einen gewissen, aber nicht durchaus sicheren Anhalt; [28]) jene Angabe kann stattgefunden haben, obgleich dem Pfandnehmer Restitution in genere freistehen soll (z. B. bei Versendung unter nicht voller Werthdeklaration); sie kann im Drange des Geschäfts unterblieben sein, ohne dass der Verpfänder sein Eigenthum an der Spezies irgendwie aufzugeben geneigt war. Nicht allgemein, doch nach partikulärem Platzgebrauch kann die Restitution in specie als gewollt gelten, wenn von den Kontrahenten das Geschäft ausdrücklich als Depotgeschäft bezeichnet ist. [28a]) Insofern nicht die Restitution in genere vereinbart ist, bleibt das Eigenthum [29]) und der Regel nach die Gefahr [29a]) bei

---

Not. 33 u. p. 323 Not. 6, Auerbach bei Siebenhaar XI p. 365 ff., Entsch. d. preuss. Ob.Trib. v. 30. Mai 1857 (Zeitschr. f. H.R. II p. 445). Vgl. aber auch Vidari 2523.

[23]) Goldschmidt a. a. O. Not. 5, oben Endemann p. 74 Not. 8, H.R. p. 691 Not. 17.

[24]) Goldschmidt II p. 26 Not. 30 u. p. 28 Not. 34. „So sind Werthpapiere derselben Gattung, wenngleich meist vertretbar, doch in der Regel individuell erkennbar, z. B. durch Nummern und andere Zeichen." Vgl. aber auch Vidari 2523.

[25]) O.A.G. Dresden (30. Mai 1861) Zeitschr. f. H.R. IX p. 162. Auerbach p. 366. Für die Restitution in genere bei Staatspapieren au porteur dagegen nach Analogie von l. 31 D. locati d. O.A.G. Lübeck 1833 (Thöl, Entsch. p. 106).

[26]) Goldschmidt II p. 28 Not. 34; auch bei Berathung d. H.G.B. (Prot. p. 1339) wurde ausdrücklich erinnert, dass dem Pfandgläubiger eine zu weitgehende Befugniss eingeräumt werde, wenn er (ohne spezielle Erlaubniss des Verpfänders) in die Lage versetzt werde, mit den Papieren des Schuldners „auf dessen Kosten zu spekuliren". Appell.G. Genua (bei Vidari a. a. O. Not. 3).

[27]) Auch Endemann, H.R. § 146 Not. 17, II p. 74 Not. 8 ist der Ansicht, dass vom Geldpfand abgesehen „nur konkret entschieden werden kann." Ebenso Pfaff p. 9, Unger, revid. Entw. eines B.G.B. f. Sachs. p. 77. O.A.G. Dresden, Zeitschr. f. H.R. IX p. 162, 164.

[28]) Dagegen, wenn auch vorsichtig, Kuntze p. 694: „Im Verkehr scheint die Neigung dahin zu gehen, dass überhaupt, wenn Staats- oder andere Papiere, die einer Massenemission angehören, ohne individuelle Markirung, Einschliessung oder Lehngebung zu Pfand übergeben werden, nicht die species, sondern das genus Inhalt der Restitutionsverbindlichkeit bildet."

[28a]) Das nahm die Handelskammer zu Frankfurt a. M. nach Frankfurter Platzgebrauch an in einem Gutachten v. 21. März 1849 (Malsz, Ausgew. Gutachten, 1854 p. 131). Vgl. auch Auerbach p. 366.

[29]) Argent. 754.

[29a]) Ausnahmsweise haftet der Verpfänder für den Zufall, wenn er diese Haftung übernommen, wenn er mit der Rückgabe im Verzuge ist oder das Pfandobjekt unter-

dem Verpfänder; ebenso gebührt diesem bei Loospapieren[30]) der etwaige Vortheil der Ziehung.

Das Pfandobjekt ist nebst Zuwachs, Zubehörungen und etwa gezogenen Früchten unter Rechnungslegung herauszugeben.[31]) War eine zinsbare Forderung oder fruchttragende Sache verpfändet, so sind die Zinsen, resp. Früchte auf die Zinsen der Hauptforderung, bei zinsloser Hauptforderung auf die Hauptforderung anzurechnen.[32])

Ist die Herausgabe des Objekts ohne Schuld des Pfandnehmers unmöglich geworden, so hat er nur das herauszugeben, was er noch von oder anstatt der Pfandsache in Händen hat.[32a]) War die untergegangene Sache durch ihn versichert, so ist er nur für denjenigen Werth haftbar, um welchen das Pfandobjekt versichert war.[32b])

Ist die Herausgabe durch Schuld des Pfandnehmers unmöglich, oder wird sie widerrechtlich verweigert, so schuldet derselbe, insoweit der Pfandvertrag Handelsgeschäft ist, nach Art. 283 Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinns. Zu ersterem gehört auch die Belastung des Vermögens des Verpfänders mit einer Verbindlichkeit einem Dritten gegenüber, mag auch dem Pfandnehmer jene aus seinem Verzuge dem Verpfänder gegen den Dritten entstehende Verbindlichkeit unbekannt gewesen sein.[33]) Als entgangener Gewinn kann bei verpfändeten kurshabenden Papieren nicht ohne Weiteres die Erstattung gerade des **höchsten** Kurses gefordert werden, welche dieselben während der Zeit der widerrechtlichen Vorenthaltung gehabt haben.[34])

Die Restitution des Pfandes kann nur gefordert werden, wenn die zu sichernde Hauptschuld vollständig getilgt resp. erloschen[35]) ist oder der bei der Verpfändung obwaltenden Annahme zuwider gar nicht zur Entstehung gelangt ist.[36]) Die Beweislast trifft den Verpfänder[37]) auch bei dem Kautions-

---

schlagen oder unbefugt gebraucht oder benutzt hat. Vgl. oben Not. 19 b. Argentina 727 (765). Goldschmidt p. 907 Not. 3, Koch p. 488, Gad p. 155, Windscheid § 382 Not. 8. Nur höchst partikulär verlieren Leihanstalten bei kasuellem Untergange des Pfandes ihre Forderung (Stobbe p. 702). Vgl. unten § 443 Not. 66.

[30]) Irrig nimmt Auerbach p. 365 an, dass bei Loosen und verloosbaren Obligationen die Frage, ob pignus irregulare gewollt sei, gar nicht aufgeworfen werden könne; nur wird bei diesen die Bewilligung der Restitution in specie seltener vorkommen und ausdrücklich ausgesprochen sein mussen.

[31]) Windscheid § 382 Not. 11 u. 12, § 327 Not. 7, Koch p. 489 ff., Gad p. 156. Goldschmidt p. 912, Eccius p. 522 Not. 13. Brinz Not. 27. Vidari 2520. Deutsch. Oblig. Entw. Art. 957.

[32]) Argent. 757, Chile 819, Eccius a. a. O., deutsch. Entw. Art. 956, Angeli p. 152 ff. C. c. 2081.

[32a]) Windscheid § 382 Not. 8, § 264 Not. 5 u. 6.

[32b]) Oesterr. Entsch. v. 12. Okt. 1875 (Busch 41 p. 153).

[33]) R.O.H.G. XVIII p. 274 ff., besonders p. 277 u. 279 (4. Nov. 1875).

[34]) R.O.H.G. VIII p. 115 ff. (27. Nov. 1872).

[35]) Sächs. B.G.B. § 1447. Windscheid § 382 Not. 4 u. 5. Brinz Not. 20. R.O.H.G. XX p. 6 ff. (16. März 1876).

[36]) R.O.H.G. XX p. 80 (2. Mai 1876).

[37]) R.O.H.G. XVII p. 399 (24. Juni 1875) u. XX p. 80 (2. Mai 1876).

vertrage.[37a]) Grundlose Annahmeweigerung des Pfandnehmers steht der Tilgung der Pfandschuld gemeinrechtlich[38]) und nach manchen Partikularrechten[39]) nicht gleich; es bedarf vielmehr gerichtlicher Hinterlegung Seitens des Verpfänders.

Die Restitutionspflicht cessirt, wenn dem Pfandnehmer anderweitige Forderungen an den verpfändenden Schuldner zustehen.[40]) Das gilt nicht nur unter der Voraussetzung der Art. 313—315,[41]) sondern auch gemeinrechtlich[42]) allgemein, auch bei handelsgeschäftlichen Verpfändungen.[43]) Die volle Retention des theilbaren Pfandobjekts ist nur insoweit statthaft, als die anderweitigen Forderungen, zu deren Deckung es retinirt wird, seinen Werth erreichen.[43a]) Dagegen berechtigt theilweise Erfüllung der Hauptobligation, selbst wenn sie angenommen worden, ohne besonderes Abkommen den Verpfänder keineswegs zur Rückforderung des ganzen Pfandes oder auch nur eines Theils desselben.[44])

Vor der Tilgung der Hauptschuld ist das Pfandobjekt[45]) zu restituiren, wenn dies verabredet oder wenn (wegen Missbrauchs des Pfands) das Pfandrecht zur Strafe erloschen ist.[46])

Ist über das Pfandgeschäft ein Pfandschein ausgestellt, so ist die Pflicht zur Restitution von der Rückgabe des Pfandscheines wohl nur dann abhängig.

[37a]) A. M. Hanausek p. 171.

[38]) Windscheid § 346 Not. 1 u. 4. Goldschmidt p. 949 Not. 1. R.O.H.G. XX p. 7 ff. (16. März 1876). Vgl. aber auch Seuffert VIII, 19 u. Kohler in Iherings Jahrb. XVII p. 385.

[39]) Sächs. Recht (R.O.H.G. a. a. O.). Franz. Recht C. C. Art. 1257. Puchelt Not. 2 zu Art. 309. Preuss. Recht I 20 § 159. Kowalzig p. 383 Not. d zu Art. 309. Eccius p. 524 Not. 28.

[40]) Vgl. oben II p. 74 Not. 6, p. 99 Not. 13, p. 104 Not. 63.

[41]) l. un. C. VIII, 27. Windscheid § 234 Not. 7, Brinkmann p. 107 Not. 2, Goldschmidt p. 910 ff. Not. 21 u. 25. 980 Not. 37, 1014 ff. Brinz Not. 22.

[42]) Von Partikularrechten (vgl. Goldschmidt a. a. O., Stobbe p. 704 Not. 43, Eccius p. 524) erkennen C. c. 2082, sowie der C. Max. Bav. dies Retentionsrecht an; Preussen, Sachsen, Oesterreich dagegen nicht. — Argent. 761: Retentionsrecht nur bezüglich der früher als die Hauptschuld zahlbaren anderweitigen Forderungen und für die Aufbewahrungskosten des Pfandes. Vidari 2521 (bez. der später als die Hauptschuld entstandenen Forderungen).

[43]) Vgl. Laband p. 487, 488 Not. 1, Goldschmidt p. 1019 Not. 83, Wolff in Buschs Archiv III p. 267, sowie die Kommentare von Hahn (§ 4 Not. 2), Puchelt (Not. 1), Keyssner (Not. 2) zu Art. 313.

[43a]) Kowalzig Not. 52a zu Art. 313 u. die dort cit. Erk.

[44]) Ebendas. Auch nach österr. u. franz. Recht, sowie nach schweiz. Oblig.R. 221. Anders z. Th. nach preuss. Recht, vgl. Eccius p. 526 Not. 43; vgl. noch Gad p. 156 Not. 35.

[45]) Argent. 763 u. Brasil. 278, 284 gewähren aber dem Verpfänder das Recht der Einlösung anscheinend auch vor Verfall; Brasil. bedroht den hierbei säumigen Pfandnehmer sogar mit Personalhaft.

[46]) Gad p. 157 Not. 38. l. 24 § 3 D. XIII, 7. C. c. 2082. A.L.R. I, 20 §§ 135, 256. Eccius p. 524 Not. 24. Nach Argent. Art. 760 kann der Schuldner bei Missbrauch des Pfandes durch den Gläubiger nur verlangen, dass es einem Dritten zur Verwahrung übergeben werde: Rückerstattung soll er vor völliger Tilgung der Pfandschuld nicht fordern dürfen. Ueber das vorzeitige Einlösungsrecht bei Pfandleihe vgl. § 443 bei Not. 61.

wenn dies verabredet ist.[47]) Ebenso bedarf es besonderer, wenn auch nicht gerade ausdrücklicher Abrede, dass die Restitution gegen Tilgung der Hauptschuld auch an einen Dritten, insbesondere den Pfandscheininhaber, erfolgen dürfe.[48]) Hat ohne solche Genehmigung der Pfandnehmer das Pfand einem zahlenden Dritten ausgehändigt, so ist der Verpfänder nicht auf die Schadensersatzklage beschränkt, sondern kann auf Wiederbeschaffung und Rückgabe des Pfandes klagen.[49])

7. Im Falle der Vornahme des Verkaufs, zu dem der Pfandnehmer berechtigt, aber gemeinrechtlich[50]) nicht verpflichtet ist,[50a]) ist die nämliche Sorgfalt, wie ad 1 erwähnt, anzuwenden. Er hat hierbei auch das Interesse des Verpfänders, soweit dies ohne Verletzung seines eigenen Interesses möglich ist, bei Schadensersatzpflicht wahrzunehmen.[51]) Der Pfandnehmer macht sich schadensersatzpflichtig insbesondere a) durch Verkauf vor eingetretenem Verzuge,[52]) b) durch Verkauf vor Ablauf der gesetzlichen Wartefrist, soweit letztere nicht vertragsmässig erlassen ist,[53]) c) durch Erschleichung der gerichtlichen Verkaufsbewilligung,[54]) d) durch privaten Verkauf, insoweit nicht. Art. 310 des H.G.B.. Partikulargesetz[55]) Privileg. Vertrag[56]) denselben gestatten, e) durch Verkauf zu einem niedrigeren

---

[47]) Stobbe p. 702 ff. Goldschmidt p. 950. Nach preuss. Recht (§ 163 ff. I, 20) gehört zur vollständigen Befriedigung behufs Restitution auch die Rückgabe oder Mortifizirung des Pfandscheins. Eccius p. 525. Bez. der Pfandleihe vgl. § 443 Not. 64, bez. der Warrants vgl. oben p. 918.

[48]) Stobbe a. a. O. Not. 37.

[49]) R.G. 13. 1882 VII p. 199. Ueber die Wirkung der Befriedigung durch einen Dritten vgl. noch Gad p. 157 bei Not. 37. Vgl. auch Eccius p. 525 Not. 41.

[50]) Anders nach preuss. Recht § 221 I, 20.

[50a]) l. 6 pr. D. XIII, 7. Goldschmidt p. 913 Not. 1. Brinz § 353 Not. 34 ff., vgl. auch Vidari 2530 ff. — Hellwig p. 240 ff. bestreitet auch bei der Forderungsverpfändung die Pflicht zur Einziehung, „da nun die Einziehung der verpfändeten Forderung dasselbe ist, wie der Verkauf der verpfändeten Sache.“ Gerade diese Gleichstellung von Sachverkauf und Forderungseinziehung ist irrig; die nicht verkaufte Sache behält ihren Werth, die nicht eingezogene Forderung ist der Gefahr des Erlöschens durch Zeitablauf der unterlassenen Präsentation des Wechsels ausgesetzt. Vgl. auch Auerbach a. a. O. p. 364 Not. 5, Laband p. 267 (bezüglich indossabler Papiere). Bei verpfändeten Forderungen hat der Pfandnehmer die Wahl zwischen Verkauf und Inkasso (Windscheid p. 239 Not. 9, Laband p. 268). Das Verkaufsrecht bestreitet Hellwig p. 161.

[51]) Windscheid § 237 Not. 12. Goldschmidt p. 947 (cf. bei Not. 60). Nach einer Entsch. der Cour de Paris v. 3. Juni 1851 (Angeli p. 151) haftet der Pfandnehmer für die durch die Verzögerung des Verkaufs entstandene Kursentwerthung nicht, wenn der Verkauf lediglich im Interesse des Schuldners und um ihm die Liberirung zu ermöglichen, verzögert worden.

[52]) Allerdings, vom Fall des Art. 310 abgesehen, sehr bestritten. Vgl. Goldschmidt p. 915 Not. 10. Ob Verzug vorliegt, bestimmt sich nach Landesrecht. Vgl. a. a. O. p. 931. Laband p. 257. R.O.H.G. VII 227. 230.

[53]) Vgl. oben Not. 85.

[54]) Laband p. 275.

[55]) Goldschmidt p. 921 Not. 45, 46. Belg. Ges. v. 5. Mai 1872 Art. 4 ff. ver-

Preise, als bei entsprechender Sorgfalt zu erzielen gewesen wäre,[57]) f) durch Verkauf an einen unsicheren Käufer,[58]) g) durch Abhalten vom Mitbieten oder vom Höherbieten, h) durch Versendung an einen anderen Ort zum Verkauf, es sei denn das Pfandobjekt sonst gar nicht oder nur unter seinem Werth verkäuflich,[59]) i) durch Wahl eines zum Verkauf ungünstigen Zeitpunktes, es sei denn diese Wahl durch das Interesse des Pfandnehmers bedingt,[60]) sowie k) durch Verkauf des offenbar überwerthigen ganzen Pfands oder eines die Hauptschuld offenbar im Werth übersteigenden Theils desselben, Theilbarkeit vorausgesetzt.[61]) l) Endlich macht sich der Pfandnehmer auch verantwortlich, wenn er es unterlässt, bei aussergerichtlichem Verkauf vor der Vollziehung, bei gerichtlichem Verkauf vor der Bewilligung und Vollziehung den Schuldner, soweit thunlich,[62]) sofort zu benachrichtigen. Anstatt auf Schadenersatz kann der Verpfänder unter Erbieten zur Erfüllung der Hauptschuld auch auf Rückgabe der widerrechtlich veräusserten Pfandsache cum omni causa klagen. Als Schadensersatz kann bei widerrechtlich veräusserten, Kurs habenden Papieren nicht ohne Weiteres der höchste Kurs zwischen Verkauf und Urtheil gefordert werden.[63]) Ein Verlust der Hauptforderung wird durch die widerrechtliche Veräusserung nicht bewirkt;[64]) derselbe tritt zur Strafe dagegen dann ein, wenn der Pfandnehmer den noch gar nicht erfolgten Verkauf betrüglich vorspiegelt.[65])

8. Die hyperocha sobald als thunlich[66]) dem Verpfänder oder dem nachstehenden Pfandgläubiger zu übersenden [67])

---

langt gewöhnlich Ermächtigung, das Pfand öffentlich oder „de gré à gré" verkaufen zu lassen. Vidari 2533, 2536.

[56]) Oben Not. 84, Goldschmidt p. 922 Not. 47, 924 Not. 52, 927 Not. 59. Nach belg. Ges. v. 5. Mai 1872 sind alle Verträge über Erleichterung der gesetzlichen Verkaufsvorschriften nichtig. — Privilegien bei Goldschmidt 927 Not. 58, 928.

[57]) Windscheid I § 237 Not. 12, II § 382 Not. 10, Goldschmidt p. 947.

[58]) Goldschmidt p. 947.

[59]) Laband p. 277.

[60]) Goldschmidt p. 947.

[61]) Ebendas. Laband p. 275. — Für quaestio facti erklären es O.A.G. Dresden 13. Mai 1872 in Zeitschr. IX p. 168 u. Endemann, H.R. p. 690 Not. 10 a. E.

[62]) D. h. soweit es „ohne Aufwendung aussergewöhnlicher Mühe und Kosten geschehen kann", Goldschmidt p. 947, z. B. nicht bei Blokade, Belagerung, zu weiten Entfernungen, unbekanntem Aufenthalt des Schuldners. Laband p. 276, Puchelt Art. 310 Not. 7, Art. 311 Not. 9.

[63]) A. M. Bender p. 497 Not. 9; vgl. oben Not. 34. — Schweiz. Oblig.R. 220 „für den vollen Werth (jedes Pfandes) und für allfälligen weiteren Schaden".

[64]) Bender p. 494, 497.

[65]) Nach Argent. 764 u. Brasil. 279 macht dieser widerrechtliche Verkauf den Pfandnehmer des Stellionats schuldig.

[66]) Laband p. 278.

[67]) Endemann, H.R. p. 689, Windscheid § 237 Not. 25. Brinz Not. 29 ff.

B. Das Lombardgeschäft und die Pfandleihe.

§ 443.

1. Das Lombardgeschäft ist dasjenige Pfandgeschäft, bei welchem die zu sichernde Forderung eine **Darlehnsforderung** ist.[1])

2. Allen Bezeichnungen, die für das Pfandgeschäft gebraucht werden, begegnen wir auch für das Lombardgeschäft.[2]) Der Darlehnsgeber wird Lombardeur genannt. Ausserhalb Deutschlands ist der Ausdruck Lombardgeschäft ungebräuchlich,) in Frankreich und England bedient man sich vorzugsweise des Ausdrucks **avances**[3]) resp. **advances**;[4]) in Holland spricht man von beleenings- und von prolongatie-Kontrakten.[5])

3. Das Lombardgeschäft führt seinen Namen von den italienischen Geldwechslern,[6]) die es im Mittelalter[7]) wohl zuerst in grösserem Umfange, doch

---

[1]) In den Definitionen erscheint bald das Darlehn, bald die Verpfändung als Hauptbegriff. Vgl. z. B. Goldschmidt p. 879 „Pfandnahme gegen Vorschüsse", 2. Ed. I p. 602 „Geben von Darlehen gegen Verpfändung von Waaren". Thöl § 28 Nr. 1 „Darlehnsgeschäft ... gegen Wechsel oder gegen bewegliches Pfand". Endemann p. 662 „Darlehn gegen Verpfändung von Waaren und anderen Mobilien". Wagner in Rentzschs Handwörterbuch p. 80 u. Schönbergs Handbuch § 323 „Beleihung von Faustpfand". Anschütz u. v. Völderndorff III p. 34 „Leihen auf Faustpfand". Vgl. auch Reichsbankgesetz § 13 Nr. 3: „zinsbare Darlehen auf nicht länger als 3 Monate gegen bewegliche Pfänder zu ertheilen (Lombardverkehr)", § 44 Nr. 1 u. dazu R. Koch in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 231, 251 ff. Gareis p. 408 nennt es eine Kombination von Darlehns- und Faustpfandvertrag. Saling p. 236, 529. Hübner, Die Banken p. 7 u. 101.

[2]) Vgl. oben § 440 Not. 4—11.

[3]) Wagner in Schönberg p. 324. Nur für die öffentlichen Pfandleihinstitute hat sich der Name Lombard erhalten, z. B. in Russland und Holland.

[4]) Wagner a. a. O. Vgl. z. B. avances sur titres et sur lingots (Lyon-Caen p. 371, 401, 765 u. 771), Angeli p. 179: „les avances sur dépôts: ce sont de véritables prêts sur gages." Nantissements pour sûreté de prêts ou d'avances (Pardessus III, 3 c. 3), prêts sur nantissements (Frémery p. 83), emprunts ou prêts sur dépôt d'effets (Bender p. 476) oder prêt sur gage (Blaize, Des monts de piété et des banques de prêt sur gage p. 8 ff.).

[5]) Wagner a. a. O. Vgl. z. B. 7 Geo. IV c. 7 „An act to facilitate the advancing of money .... upon deposits and pledges (bei Gilbart, History and principles of banking p. 66), make advances upon the security of goods (Gilbart p. 25), advancing loans upon articles of merchandise." Gilbart p. 204. Ueber den Ausdruck securities vgl. Goldschmidt p. 892 Not. 33, civil code of New-York s. 1648, auch Rau § 306 Not. b. Auch der Ausdruck lend on pledges ist üblich, vgl. die Charter of the Royal Bank of Scotland bei Gilbart p. 205.

[6]) Bender p. 476, Kist p. 381, 382, Levy p. 3 Not. 4 ff. Der Unterschied beider Kontrakte besteht jetzt hauptsächlich in der Länge der Darlehnsfrist, in der Wirkung der unterlassenen Kündigung und in dem Verhältniss des Pfandrechts zur Darlehnssumme. Beide Kontrakte werden jetzt auch häufig in die Form des Verkaufs auf Wiederkauf eingekleidet; bis zum Gesetz v. 8. Juli 1874 begegnete hingegen der Prolongatie-Kontrakt nur in der letzteren Form, Kist p. 401, 411. Vgl. § 442 Not. 27 u. 38.

[7]) Wagner, Zettelb. 307, bei Rentzsch p. 80 ff., Marperger 5, Blaize p. 8 ff., Hübner a. a. O. Vgl. auch Deutsches Handelsblatt 1871 Nr. 4 p. 32: „So haben alle

keineswegs ausschliesslich, vielmehr in Konkurrenz mit Walen und Gawertschen,[8]) den Juden[9]) und den sog. Hausgenossen und Nebenwechslern,[10]) betrieben haben.[11])

4. Das Lombardgeschäft ist Handelsgeschäft, wenn beide Geschäfte, aus denen es kombinirt ist, also Darlehen und Verpfändung, handelsgeschäftliche Natur haben. Es ist möglich, dass nur das Pfandgeschäft[12]) Handelsgeschäft ist.

Ob das Lombardgeschäft für den Lombardeur relatives Grundhandelsgeschäft ist, hängt davon ab, ob es als **Banquiergeschäft** zu betrachten. Dieser Karakter kommt aber in der Gegenwart[13]) nach der entscheidenden[14]) kaufmännischen Anschauung nur dem eigentlichen Lombardgeschäft des Grosshandels — dem Banklombard —, nicht aber demjenigen des kleinen Verkehrs — der sog. Pfandleihe — zu.[15]) Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Banklombard und Pfandleihe liegt weder in der technischen Geschäftsführung.[16])

---

englischen Pfandleiher drei vergoldete Bälle zum Zeichen. Es ist — nach Cobbett — das Wappen des Hauses Medici, welches an den Namen anknüpft; denn die Bälle sollen Pillen bedeuten. Die Pillen der Medici bedeuten also florentinisches Bankgeschäft." Eine Reihe anderer Ableitungen des Zeichens bei Blaize, Monts de piété p. 132 ff. Ueber die Lombarden (Lamparten, Lummerte) vgl. Neumann, Gesch. des Wuchers p. 368 ff. u. Stobbe III p. 297. Ueber Lombardgeschäfte der römischen toculliones vgl. Neumann p. 392. Ueber zinslose Darleben des Augustus gegen doppelte Sicherheit vgl. ebendas. p. 413 Not. 1, sowie Gilbart p. 7, Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I p. 49 Not. 2.

8) Vgl. Neumann p. 368 u. 387, Stobbe p. 297.

9) Stobbe, Die Juden im Mittelalter p. 105 ff., 238 ff., Privatr. p. 296, Neumann p. 309 ff., Endemann, Studien II p. 388 ff., Knies, Kredit II p. 29, Schröder u. Lörsch, Urkunden Nr. 239.

10) Neumann p. 357.

11) Wie das betr. Geschäft nach den Lombarden benannt wurde, so wurden auch alle, die das Gewerbe betrieben, ohne Unterschied ihrer Herkunft — in Holland wenigstens — Lombarden (heut Lombardeurs!) genannt. Vgl. Salmasius, De usuris p. 690 (1639): „publici foeneratores, vulgo Langobardi dicti qui inopibus pecuniam dant mutuam sub pignoribus (bei Neumann p. 391 Not. 3. Vgl. auch van Reenen, De mensis ad servandam pecuniam institutis (1845) p. 2 „domus foeneratoriae publicae" (Lombarden)." Ueber den Ausdruck usurae lumbardorum (in einer Cölner Urkunde v. 1335) vgl. Neumann p. 379.

12) Z. B. wenn unter Nichtkaufleuten zur Sicherung eines Darlehns irreguläres Pfand bestellt und vom Lombardeur mit der Absicht der Weiterveräusserung angenommen ist (Art. 271 Z. 1). — In Frankreich entscheidet über den civil- oder handelsgeschäftlichen Karakter la destination (civile ou commerciale) des sommes prêtées. Lyon-Caen p. 373, 766 u. 771. Ebenso Vidari 2466.

13) Früher kannte man diesen Unterschied anscheinend nicht; Lombardeur, Banquier, Pfandleiher waren nahezu gleichbedeutend. Vgl. Wagner, Zettelbankpolitik p. 306: „Das Lombardgeschäft bildet die eine Wurzel, aus der das ganze andere Bankwesen entsprossen ist."

14) R.O.H.G. XXIV p. 34 ff. (6. April 1878), Motive des preuss. Entw. p. 7, Goldschmidt I p. 600 Not. 1, Behrend p. 121.

15) R.O.H.G. a. a. O. p. 37, Behrend a. a O.

16) Wagner in Schönbergs Hdbuch. p. 343: „Banktechnisch sind die Leihhäuser u. überhaupt das sog. Pfandleihgewerbe zum Lombardbankwesen zu rechnen."

noch in dem Rechtskarakter des Vertrags,[17]) noch in der Art des (Produktiv- oder Konsumptiv-) Kredits, dem das Geschäft dienen soll,[18]) noch in der Benutzung oder Nichtbenutzung fremden Kapitals,[19]) noch in dem grösseren oder geringeren Werth, noch in der Vereinzelung der Pfänder,[20]) sondern in der **Natur** des **Pfandobjekts.** Banklombardgeschäft ist nur dasjenige Lombardgeschäft, das gegen Verpfändung von **Edelmetallen, Münzen, Werthpapieren**[21]) und **Kaufmannswaaren** erfolgt;[21a]) die hie und da auch von Banken gewährte Beleihung von Schmuck, Juwelen und Pretiosen[22]) ist Pfandleihe. Dass Banquiers neben dem eigentlichen Banklombard auch noch Pfandleihgeschäfte machen, gibt letzteren nicht die Natur des Banquiergeschäfts; vielmehr unterliegen jene

---

A. M. Dernburg, Preuss. Privatr. II p. 16, 17: „Wie unterscheidet sich der Banquier vom gewöhnlichen Geldleiher und Pfandleiher? Es ist erforderlich, dass sich das Geschäft in Formen bewegt, welche dem Betriebe derer, die sich Banquiers nennen, gewöhnlich sind.“ Welche Formen dies sind, erhellt leider nicht.

[17]) Das räumt auch Behrend a. a. O. ein. Zu den Handelsgeschäften zählte der württemb. Entw. Art. 3 No. 5 auch die Unternehmung von Leihhäusern. Vgl. auch Pardessus I, 1 Seit. 3 No. 3 a. E.: „On pourrait sous certains rapports, ... considérer comme établissements commerciaux les maisons de prêts sur nantissement, tenues par des particuliers, si le gouvernement ... jugeait à propos de les autoriser.“ Bez. der öffentlichen Leihhäuser vgl. noch oben Endemann I p. 71 Not. 38 ff.

[18]) Vgl. Wagner, Zettelb. p. 306 Not. 622 u. p. 311.

[19]) Das R.O.H.G. a. a. O. lässt es dahin gestellt, ob nur dasjenige Gewerbe als Bankgewerbe zu betrachten, welches sich sowohl auf Aktiv-, als auf Passivgeschäfte erstreckt. — Nach Lexis in Schönbergs Hdbuch. I p. 1094 sind Rückkaufshändler und Pfandleiher als Kreditvermittler zu betrachten; Kreditvermittlung gilt aber bekanntlich neben der Vermittlung des Geldumlaufs als Berufszweck der Banquiers. Dass Pfandleiher nicht ganz selten mit fremdem Gelde arbeiten, beweisen die Geldgesuche derselben in öffentlichen Blättern.

[20]) Das Hamb. Ges. betr. die Pfandleiher-Ordnung v. 10. Dezbr. 1880 (Zeitschr. f. H.R. XXVII p. 492) definirt § 1 (wörtlich gleichlautend mit § 1 des früheren Ges. v. 28. Juni 1871 in Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 158): „Als Pfandleiher sind alle Personen anzusehen, welche gewerbsmässig auf einzelne (?) Pfänder, als Werthsachen, Mobilien, Geräthe, Kleider u. s. w. Geld verleihen, oder welche gewerbsmässig dergl. Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes ankaufen. Kaufmännische Verpfändungen werden durch dieses Gesetz nicht berührt.“ Nach dem Wortlaut der Definition würde derjenige Nichtkaufmann nicht unter das Gesetz fallen, der nur paarweise oder vierteldutzendweise beliehen hat. Was das Gesetz unter kaufmännischer Verpfändung versteht, sagt es übrigens nicht.

[21]) Allerdings leihen auch eigentliche Pfandleiher auf Werthpapiere; das preuss. und andere Pfandleiheges. enthalten ausdrückliche Normen über den Verkauf solcher Papiere durch die Pfandleiher (vgl. unten Not. 76); indess ist dieser Werthpapierlombard nur Nebenthätigkeit des Pfandleihers. Wer bloss Werthpapierlombard betreibt, ist kein Pfandleiher.

[21a]) R.O.H.G. a. a. O. p. 37, Kayser, Gew.Ord. Not. 2 zu § 34 p. 86, Schicker, Gew.O. p. 65. Nach Schenkel, Gew.O. (1884) p. 135 bilden bewegliche Gebrauchsgegenstände das Object der Pfandleihe.

[22]) Nach Wagner p. 311 steht diese Beleihung dem Waarenlombard näher als dem Edelmetalllombard, aber auch von ersterm sei sie zu trennen und den Leihhäusern zuzuweisen.

trotz ihrer Banquiereigenschaft um der Erweiterung ihres Geschäftskreises willen den gewerbpolizeilichen Beschränkungen der Pfandleiher.[23])

Wer Banklombardgeschäfte gewerbsmässig als Lombardeur betreibt, ist Kaufmann. Der gewerbsmässige Pfandleiher ist nicht Kaufmann. Vereinzelte oder gewerbsmässige Pfandleihgeschäfte sind für den Pfandnehmer nur dann Handelsgeschäfte,[24]) wenn derselbe Kaufmann ist, und Zugehörigkeit zum Betriebe seines sonstigen Geschäfts vorliegt.

5. Das Lombardgeschäft verlangt Faustpfand;[25]) Hypothek ist ausgeschlossen. Eine Verpflichtung zum Lombardiren kann vertragsmässig übernommen sein; ein **gesetzlicher** Lombardzwang besteht dagegen in der Gegenwart nicht mehr.[25a]) Auch die staatlich konzessionirten Institute, insbesondere die Reichsbank, sind rechtlich **nicht** verbunden, Lombardgeschäfte mit Jedem, der sich den bankmässigen Bedingungen unterwirft, abzuschliessen.[25b])

6. Das Darlehen pflegt zinsbar und kurzfristig zu sein, ohne dass doch beide Eigenschaften essentiell wären.[26]) Der Lombardzinsfuss beträgt, vom Edelmetalllombard abgesehen, gewöhnlich etwas ($^1/_2 - 1^0/_0$) mehr als der Bankdiskont.[27])

Das Darlehen muss zwischen Lombardeur und Verpfänder kontrahirt sein; Verpfändung für die Darlehnsschuld eines Dritten ist Pfand-, nicht Lombardgeschäft.

---

[23]) Vgl. Kurlbaum in der preuss. Herrenhauskommission (Höinghaus, Preuss. Ges. betr. Pfandleihgewerbe, 1881, p. 19) u. Schicker a. a. O.

[24]) In der Berathung der preuss. Herrenhauskommission über das Ges. betr. das Pfandleihgewerbe (Höinghaus p. 19) bemerkte der Regierungskommissar, „dass das Pfandleihgewerbe kein kaufmännisches Geschäft sei, dass es auch dadurch nicht dazu werde, dass es von einem Kaufmann betrieben werde.“ Das „Gewerbe“ wird allerdings kein „kaufmännisches Geschäft“, wohl aber haben die einzelnen Verträge nach Art. 273 die Natur des Handelsgeschäfts. Vgl. übrigens unten Not. 47 u. 51.

[25]) Faustpfand fordern Anschütz u. v. Völderndorff a. a. O., Wagner bei Rentzsch p. 80, Zettelb. p. 306, Gareis p. 408, Kautsch, Bank und Börse p. 70, Hübner, Die Banken p. 102. Auch Schraut, Organisation des Kredits, behandelt das Lombardgeschäft unter der Rubrik „Faustpfandkredit“. — Die Beschränkung auf Faustpfand findet sich dagegen nicht, wenigstens nicht ausdrücklich, hervorgehoben in den Definitionen von Thöl § 28. Goldschmidt p. 602, 879, Endemann, H.R. p. 662, Saling, Börse p. 236 ff. u. 529 u. Laband, Staatsrecht des deutsch. Reichs II p. 39.

[25a]) Ueber früheren Zwang zum Lombard für Juden und sonstige Pfandleiher (namentlich in Augsburg) vgl. Stobbe, Juden im Mittelalter p. 113. Umgekehrt sollen Juden nach einem Würzburger Privileg zum Leihen nicht gezwungen werden, Stobbe a. a. O. p. 238 Not. 102.

[25b]) Vgl. Laband, Staatsr. des deutschen Reichs II p. 391.

[26]) Vgl. aber Wagners Definition bei Rentzsch p. 80 „kurzfristige Beleihung von Faustpfand“, sowie Reichsbankgesetz 13 Z. 3: „zinsbare Darlehen auf nicht länger als 3 Monate gegen bewegliche Pfänder zu ertheilen“ (Lombardverkehr). Vgl. auch Laband a. a. O. u. Schraut p. 69 „muss ein Zins, Lombardzins, vergütet werden.“

[27]) Wagner in Rentzsch p. 560, Saling p. 237. R. Koch, Zeitschr. f. H.R. XXIII, Beilageheft p. 231.

Die Darlehnsforderung muss eine bestimmte sein: die sog. Kredithypothek gehört nicht dem Lombardgeschäft an. Dagegen ist es statthaft und nicht ungewöhnlich, dass auf die, bei Abschluss des ursprünglichen Lombardgeschäfts verpfändeten Objekte, sofern deren Werth dem Lombardeur ausreichend erscheint, noch weitere Darlehen ertheilt werden: dieselben werden im Zweifel, falls keine andere Frist verabredet ist, am Verfalltage des ursprünglichen Darlehns fällig. Bei den Banken, insbesondere auch der Reichsbank, dient der Empfangsschein des Lombardeurs als „conto di tempo", indem auf demselben Zu- und Abschreibungen von Kapital und Unterpfand vorgenommen werden.[28])

7. Das Lombardgeschäft wird entweder auf tägliche Rückzahlung oder mit bestimmter Verfallzeit eingegangen.[29]) Fehlt es an einer bestimmten Verfallzeit, so steht jedem der beiden Kontrahenten das Recht zu, jederzeit die Rückzahlung gegen Pfandrestitution zu leisten resp. zu verlangen.[30]) Ein nur dem Geldgeber allein zustehendes Aufkündigungsrecht kommt in der Praxis selten vor.[31]) Die bestimmte Verfallzeit pflegt nach den meisten Bankstatuten einige (3—4) Monate nicht zu überschreiten,[32]) doch sind ausdrückliche oder stillschweigende Prolongationen häufig.[33]) Wird das Darlehen vor dem festen Verfalltage zurückgezahlt und angenommen, so sind nach einem sehr häufigen Abkommen,[34]) und wohl auch ohne ein solches, die Zinsen nichtsdestoweniger für die ganze Zeit bis zum festgesetzten Verfalltage zu zahlen.

8. Lombardirbar ist an sich jede verpfändbare Sache,[35]) im eigentlichen Banklombard sind es aber nur die erwähnten 4 Kategorien: Barren, Münzen, Werthpapiere und Kaufmannswaaren. Die Bankstatuten gehen vielfach noch weiter und schliessen der Regel nach die Lombardirung leicht verderblicher, rasch entwerthender, kostspielig oder gefahrvoll aufzubewahrender, an Ort und Stelle schwer absetzbarer oder stark im Preise schwankender Objekte aus.[36]) Nach dem Reichsbankgesetz ist bei der Reichsbank die Verpfändung im Auslande liegender Kaufmannswaaren unstatthaft.[37])

---

[28]) R. Koch p. 252. Vgl. auch §§ 8 u. 9 der Reichsbankbedingungen ebendas. p. 255.

[29]) Koch p. 231, Saling p. 238.

[30]) Ueber die Pfandleihe vgl. Not. 61.

[31]) Saling p. 238.

[32]) Bei der Reichsbank, Seehandlung und Banque de Paris nicht über 3 Monate. Koch p. 231, Saling p. 237, Wagner, Zettelb. p. 335 Not. 689, Angeli p. 181, Kist p. 381, 412 (beleening: 3 Monate, prolongatie: 1 Monat).

[33]) Wagner u. Saling a. a. O. Nach den Bedingungen der Reichsbank § 2 ist nur die Bank, nicht der Schuldner befugt, das Darlehn stillschweigend auf 15 Tage und weiter von 15 Tagen zu 15 als prolongirt anzusehen, es sei denn die Prolongation auf dem Pfandschein Seitens der Bank vermerkt.

[34]) Bedingungen der Reichsbank § 4, Kist p. 381 u. 411 (Art. 14—16 des Amsterdamer Börsenreglements).

[35]) cf. oben § 440 nach Not. 46.

[36]) Wagner, Zettelb. p. 317 Not. 646 ff., bei Rentzsch p. 560.

[37]) § 13 Ziff. 3e.

9. Die Höhe des Lombarddarlehns richtet sich im Geschäftsverkehr gewöhnlich und bei den meisten Banken statutengemäss[38]) nach dem Tax- oder Kurswerth des Lombardpfandes, und zwar in der Weise, dass die Maximalhöhe des Darlehns durch einen Prozentsatz des Pfandwerthes bestimmt wird. Dies häufige Beleihungsverhältniss, welches übrigens nicht nur[39]) bei dem Werthpapier-, sondern erst recht beim Waaren- und selbst beim Edelmetalllombard begegnet,[40]) mag vom wirthschaftlichen Gesichtspunkt aus mit einer gewissen Berechtigung das Lombardgeschäft als Vorschussleistung des Lombardeurs auf den **Werth** des Pfandes, als eine Vorausgabe der Zahlung erscheinen lassen. Juristisch ist diese Auffassung indess irrig.[41]) Irrig ist es auch, bei gesunkenem Werthe des Objekts (**ohne** ein darauf gerichtetes, allerdings höchst übliches, ausdrückliches oder stillschweigendes Abkommen) dem Lombardeur ein **gesetzliches** Kündigungsrecht oder ein Recht auf Nachschuss zuzusprechen;[42]) auch hier gibt vielmehr der Wille der Parteien den Ausschlag.[43])

Um jener soeben als irrig bezeichneten Besonderheiten willen ist das Lombardgeschäft von **Gareis** p. 408 als eine **eigenartige** Kombination von Pfand- und Darlehnsvertrag bezeichnet worden. Mit jener Voraussetzung fällt aber auch die angebliche Eigenartigkeit des Geschäfts. Noch weniger ist das Lombardgeschäft ein Hinterlegungs-[44]) oder Versicherungsgeschäft oder eine bedingte Ueberweisung des Lombardobjekts an Zahlungsstatt.[44a]) Es ist vielmehr nur eine Verbindung von Darlehns- und Pfandgeschäft, dessen einzige Auszeichnung in der Beschränkung auf gewisse Pfandobjekte besteht und mit dem sehr häufig sich ein pactum de oppignorando verbindet. Alle bezüglich der Darlehns- und Pfand-Verträge entwickelten Grundsätze kommen daher für das Lombardgeschäft zur entsprechenden Anwendung.

---

[38]) So schon Ordnung des Leipziger Banco di deposito 1699 (Marperger, Beschreibung der Banken p. 285). Zahlreiche neuere Beispiele bei Bender p. 475 ff., Wagner, Zettelb. p. 330 ff., Reichsbankges. § 13 Z. 3 b—c (75%, 50% bei Anleihen, 95% bei Wechseln, $66^2/_3$% bei Kaufmannswaaren).

[39]) Gareis p. 408 spricht nur vom lombardirten Papier.

[40]) Reichsbankges. (vgl. Not. 8) Wagner p. 331 Not. 683.

[41]) Oder wäre es kein Lombardgeschäft, wenn der Banquier sich veranlasst sehen sollte, den vollen Kursbetrag auf das verpfändete Staatspapier darzuleihen? Es kann daher auch dem Ausspruch Brunners (oben II p. 209) „Sie (die Inhaberpapiere) werden von vornherein nur bis zu einer bestimmten Höhe des Kurswerthes beliehen" nicht ausnahmslose Geltung zugestanden werden.

[42]) Wie Gareis, Endemann, Brunner annehmen.

[43]) Gad p. 153. Vgl. oben § 441 Not. 105.

[44]) Wie oft behauptet wurde, vgl. Pfaff p. 19 Not. 39, Bender p. 477, auch Gareis p. 409: „Gegenüber dem in den bisher angeführten Geschäften" (darunter ad 2: das eigentliche Depot- oder Lombardgeschäft) „verschiedenartig verwendeten depositum regulare." Vgl. dagegen Pfaff a. a. O.: „Das karakteristische Merkmal des Depositums, die Absicht, die Sache dem Empfänger in Verwahrung zu geben, welche aber von seiner Seite als ein Akt der Gefälligkeit erscheint, fehlt hier; die Absicht ist vielmehr auf Sicherstellung einer Forderung . . . gerichtet." Dass auch die Römer von pignus deponere sprechen, vgl. § 440 Not. 10. Eisele p. 45.

[44a]) Vgl. Bender a. a. O.

10. Bezüglich des nicht bankmässigen Lombardgeschäfts, des sog. **Pfandleihgeschäfts**, hat neuerdings[45]) das Deutsche Reich einige gesetzliche Bestimmungen getroffen, die der Gefahr wucherlicher Ausbentung begegnen sollen.[46]) Dieselben sind auch auf diejenigen Kaufleute, die neben ihrem Gewerbe eigentliche Pfandleihgeschäfte schliessen, anzuwenden.[47]) Hiernach darf das Gewerbe eines Pfandleihers nur mit obrigkeitlicher Erlaubniss betrieben werden; auch soll der sog. Rückkaufshandel, d. h. der gewerbsmässige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts als Pfandleihgewerbe angesehen werden, und zwar soll „die Zahlung des Kaufpreises als Hingabe des Darlehns, der Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem verabredeten Rückkaufspreise als bedungene Vergütung für das Darlehn und die Uebergabe der Sache als Verpfändung derselben für das Darlehn" gelten. Gegen diese Präsumtion ist selbst der Nachweis einer wirklich auf Kauf und Rückkauf gerichteten Absicht der Kontrahenten ausgeschlossen.[48])

Auf Veranlassung jenes Reichsgesetzes haben viele deutsche Staaten ausführlichere Gesetze betreffend das Pfandleih- und Rückkaufsgewerbe erlassen.[49]) Diese Gesetze regeln nicht nur die polizeiliche Konzession und Kontrolle, Buchführung, Kautionsleistung und Denunziationspflicht gegen verdächtige Verpfänder, sondern sie enthalten auch einzelne wichtige privatrechtliche Normen. So ist

1. Partikulär die Entstehung des Pfandrechts von der Eintragung in ein in gesetzlich bestimmter Weise zu führendes Pfandbuch abhängig gemacht[50]). Diese Bestimmung ist auch trotz des Grundsatzes der Formlosigkeit der Handels-

---

[45]) Ueber ältere Gesetze vgl. C. F. Koch § 283 (III p. 513 ff.), Mittermaier, Privatr. § 154 Not. 27, Goldschmidt p. 886 Not. 18 u. 900 Not. 19, Kayser in v. Holtzendorffs Rechtslex. III p. 45 ff. Ueber England (1872) vgl. Zeitschr. f. H.R. XIX p. 149 ff. u. (1881) Annuaire de législ. étr. XI p. 20; über Ungarn (1881) vgl. Nagy im Annuaire XI p. 318 ff.; über Belgien Bastiné p. 517.

[46]) Gewerbe-O. vom 21. Juni 1869 §§ 34, 38 u. Novelle vom 23. Juli 1879 Art. 4, R.Str.G.B. § 360 Z. 12, Marcinowski, Reformgesetze der Gewerbeordnung aus den J. 1880 u. 1881 mit Kommentar p. 3 ff., Bödiker, Das Gewerberecht des deutschen Reichs p. 41 ff., Kayser, Gew.-O. 1884 p. 85 ff., Schicker, Gew.-O. 1884 p. 65 ff., 95, Schenkel a. a. O.

[47]) Vgl. auch oben Not. 24 u. unten Not. 51.

[48]) Mandry p. 457. Vgl. auch oben § 440 Not. 36 ff. u. Zeitschr. f. H.R. XIX p. 149 (Engl. Ges. v. 1872).

[49]) Stobbe § 155 Not. 3, Hamburg, Ges. v. 10. Dez. 1880 (Zeitschr. f. H.R. XXVII p. 492 ff.), preuss. Ges. v. 17. März 1881 (ebendas. p. 475), Bremen, Ges. v. 16. Okt. 1881, Braunschweig, Ges. v. 21. Dez. 1881, Hessen, Ges. v. 27. Febr. 1882, Altenburg, Ges. v. 4. März 1882, (Kopie des preussischen, für die ersten 19 §§ wörtlicher Abdruck), u. Minist.V. vom gleichen Tage (Ges.S. 1882 p. 18 ff.), Sachsen, Ges. v. 21. April 1882 (Gesetz- u. Verordnungsbl. 1882 p. 97 ff. nebst Ausführungsverordnung vom gleichen Tage), Weimar, Ges. v. 16. Aug. 1882, Württemberg, Verf. d. Min. d. Inner. v. 15. März 1882 u. 28. Mai 1882 (Regierungsbek. p. 83 ff., 200 Gesetz- u. Verordnungsbl. 1879 p. 771 ff.), Bayern, Minist.Bek. v. 12. Aug. 1879, Baden, V. v. 9. Juni 1881 (Ges.Bl. 1881 S. 163 f.).

[50]) Preuss. Ges. § 5, Altenburg § 5 (nebst Minist.-Verordn. v. 4. April 1882 § 3 ff.). Vgl. Dernburg § 360. Eccius p. 527 Not. 56 führt inkorrekt auch die Bestimmung

geschäfte gegen denjenigen Pfandleiher, welcher im Uebrigen Kaufmann ist, wirksam;[51]) nicht die Gültigkeit des Pfand**vertrages**, sondern die Gültigkeit des Pfand**rechts** soll von der Eintragung abhängig sein.[52])

2. Die Höhe der Zinsen ist im Maximum landesgesetzlich normirt,[53]) doch kann wegen seiner Auslagen der Pfandleiher sich ausbedingen, dass ihm an Zinsen in allen Fällen mindestens der Betrag von 2 Monaten gezahlt werden müsse.[54]) Vorausnahme der Zinsen ist verboten.[55]) Eine Einschreibegebühr ist gestattet.[56]) Weitere Konventionalstrafen für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung sind verboten.[57]) Ebenso sind Forderungen des Pfandleihers für Aufbewahrung und Erhaltung des Pfandes ausgeschlossen;[58]) das zuviel Gezahlte kann mittelst einer in 5 Jahren verjährenden Klage mit Zinsen zurückgefordert werden.[59])

3. Die Fälligkeit des Pfanddarlehns darf zum Nachtheil des Verpfänders nicht vor Ablauf von 6 Monaten von der Hingabe bedungen werden;[60]) doch ist der Verpfänder berechtigt, das Pfand trotz gegentheiliger Abrede jederzeit bis zum Abschluss des Verkaufs einzulösen. Er braucht auch nur bis zu dem Zeitpunkt der Einlösung die Zinsen zu bezahlen.[61])

4. Der Pfandleiher ist zur Aushändigung eines der Pfandbucheintragung entsprechenden **Pfandscheines (Versatzscheines)** verpflichtet;[62]) weicht derselbe

---

über den Pfandverkauf als Voraussetzung der Begründung des Pfandrechts an. Bremen G.Art. 5. Andere Staaten haben zwar gleichfalls die Eintragung in ein bestimmter Weise zu führendes Buch zur Pflicht, nicht aber die Entstehung des Pfandes davon abhängig gemacht; so Sachsen § 5 u. Ausf.-V. v. 21. April 1882 §§ 1 u. 2, Baden § 3 ff., Württemberg § 6, Bayern §§ 6 u. 7, Hamburg § 6. Eintragungspflicht auch in England (Annuaire p. 20).

[51]) Vgl. oben Not. 24. A. M. scheint Dernburg § 360 Not. 5, der sich allerdings dahin ausdrückt, dass jener Grundsatz des H.G.B. in die Intention des Gesetzes störend eingreifen wird.

[52]) Vgl. oben § 440 Not. 31.

[53]) Mandry p. 408. Preussen, Ges. §§ 1—3, Altenburg §§ 1—3. Dernburg Not. 4. II § 36. Eccius p. 526 Not. 53. Sachsen § 1, Württemberg §§ 3, 4, Bayern § 1. Bremen. Baden § 1. Ungar. Art. 11.

[54]) Preussen § 1 a. E., Württemberg § 3, Sachsen § 4 (überdies in einem jeden Falle 10 Pf.). Baden § 1.

[55]) Preussen § 3, Württemberg § 3, Altenburg, Ges. § 3, Sachsen § 2. Baden § 2.

[56]) Preussen, Württemberg, Altenburg a. a. O. v. 8. Mai 1882. Ausgeschlossen in Sachsen § 2. Bayern gestattet nur eine Gebühr für Pfandscheinausstellung, Baden § 2 für Ausstellung und Erneuerung des Pfandscheins.

[57]) Württemberg § 14.

[58]) Kayser im R.-Lex. p. 47. Eccius a. a. O. Preussen § 3, Sachsen § 2, Baden § 2, Württemberg § 3 gestattet daneben nur noch Erstattung des Porto, der Taxations- und der Verkaufsgebühren.

[59]) Preussen § 3. Altenburg § 3. Sachsen § 2.

[60]) Preussen § 4, Altenburg, Ges. § 6, Sachsen § 3, Württemberg § 12, Baden § 11 a. l. 2.

[61]) Preussen § 7, Altenburg, Ges. § 7, Sachsen § 4, Württemberg § 12, Baden a. a. O.

[62]) Preussen § 6. Dernburg p. 887 Not. 7. Hamburg § 8, Altenburg, Ges. § 6, Sachsen § 5, Baden § 6, Württemberg § 7 (Versatzschein). Ungarn Art. 8.

inhaltlich vom Pfandbuch ab, so gilt nach einer partikulär-gesetzlichen Fiktion[63]) die dem Pfandleiher nachtheiligere Feststellung.

5. Der Pfandschein kann Namens-, Ordre-, Inhaber- oder Legitimationspapier sein. Selbst im ersteren Falle ist partikularrechtlich der Inhaber des Pfandscheines das Recht des Verpfänders ohne Legitimationsnachweis auszuüben befugt, und der Pfandleiher ist diese Legitimation anzuerkennen verpflichtet, es sei denn durch den Verpfänder, dem der Pfandschein abhanden gekommen, ein gerichtliches Verbot der Aushändigung erwirkt. Andererseits ist eine gewisse Zeit nach Verfall der Verpfänder auch ohne Pfandschein und ohne Amortisation zur Geltendmachung seines Rechtes befugt[64])

Für Prolongation wird eine Eintragung in das Pfandbuch und neuer Pfandschein erfordert.[65])

6. Bei kasuellem Untergang des Pfandes verliert partikularrechtlich der Pfandleiher seine Forderung:[66]) die Sache selbst resp. den Mehrwerth der Sache über die Forderung ist er nur ganz ausnahmsweise zu erstatten verpflichtet.[67]) Höchst partikulär (Sachs. § 13) wird hierbei die praesumtio juris aufgestellt, dass der Werth des Pfandes das 1½fache des darauf gewährten Darlehns betrage. Eine Versicherungspflicht gegen Feuersgefahr ist nach mehreren Gesetzen dem Pfandleiher auferlegt.[68])

7. Das Pfandmagazin soll hell, trocken, gut ventilirt und gut verschliessbar sein.[69]) Die Weiterverpfändung ist verboten.[70]) Veränderung der Geschäftslokale ist der Behörde anzuzeigen.[71])

---

[63]) Preussen § 6, Altenburg. Ges. § 6. Nach dem Hamburger Ges. § 8 streitet die Vermuthung für die Angabe des Pfandscheins.

[64]) Preussen §§ 8 u. 17. Vgl. Stobbe p. 703 Not. 37, Dernburg p. 887, sowie besonders Eccius p. 527 ff., der die höchst unglückliche Konstruktion des preussischen Pfandscheins trefflich, insbesondere an dem Beispiel einer Prolongation der Pfandschuld, aufgedeckt hat. Dem preuss. Ges. folgt auch in dieser verunglückten Bestimmung das Altenburg'sche Ges. § 8. Nach Hamburg. Ges. §§ 6 u. 12 enthält der Pfandschein die Namen des Verpfänders oder Schuldners nicht, doch ist dem Pfandleiher auf Anzeige des Verlustes die Ausantwortung an den Inhaber ohne Richterspruch resp. Konsens des Anzeigenden untersagt. Württemberg §§ 7 u. 19. Nach d. Bad. V. §§ 6 u. 5 Z. 3 ist der Pfandschein stets Rektapapier. Ung. Art. 13. Engl. Act. 1872.

[65]) Bayern § 9, Württemberg § 9, Baden § 7.

[66]) Hamburg § 9, Lübeck. Ges. v. 8. März 1856 § 16, Königr. Sachsen § 12, Stobbe p. 702 Not. 35. Vgl. oben § 442 Not. 29a.

[67]) Sachsen § 12 bei Brand, Stobbe ebendas. Für Brand auch nach Ungar. G. Art. 12 u. Engl. Act. 1872 Satz 26. Nach Hamburg. Ges. § 9 verliert der Pfandleiher die Einrede des Zufalls bei unterlassener sofortiger (24 Stunden) Anzeige des Zufalls an die Polizeibehörde.

[68]) Bayern Nr. 3 u. Sachsen §§ 11, 12, Württemberg §§ 7 u. 10 „nach ihrem Werth", Altenburg. V. § 6 „angemessen". Baden § 10 „in einem dem thatsächlichen Umfange des Geschäfts entsprechenden Betrage". Ueber Zürich vgl. oben § 442 Not. 9.

[69]) Bayern § 2. Altenburg. V. § 6 verlangt nur einen „besonderen Raum oder Behältniss", Württemberg § 10 „geeignete besondere Räume oder Behältnisse". Baden § 9.

[70]) Bayern § 2. Baden § 9.

[71]) Bayern § 2.

8. Die Pfandnahme von Objekten, bei denen die Vermuthung unrechtmässigen Erwerbes nahe liegt, ist verboten.[72]) Ebenso der Abschluss des Pfandvertrages mit gewissen Personen.[73])

9. Bezüglich des Pfandverkaufs ist der Pfandleiher vielfach von der Ausklagung, zuweilen sogar auch von Einholung einer gerichtlichen Ermächtigung dispensirt;[74]) dagegen wird eine Reihe von Kautelen aufgestellt, z. B.: der Ablauf einer gewissen Wartefrist nach Verfall,[75]) öffentliche Versteigerung[76]) durch Auktionator oder Gerichtsvollzieher,[77]) Versteigerung ausserhalb der Wohnung und der Geschäftsräume des Pfandleihers,[78]) öffentliche Bekanntmachung innerhalb gewisser Maximal- und Minimalfristen vor dem Versteigerungstage[79]) u. a. m. Nichtbeobachtung der für den Verkauf gegebenen, unerlassbaren Vorschriften macht den Pfandleiher ersatzpflichtig.[80])

10. Der Pfandleiher darf selbst mitbieten und auch kaufen, aber nicht versteigern.[81]) Der Verpfänder ist berechtigt, die Reihenfolge des Verkaufs bezüglich mehrerer durch dasselbe Geschäft zum Pfand bestellter Gegenstände zu bestimmen.[82])

---

[72]) Hamburg § 4, Baden § 17.

[73]) Hamburg § 5, Unmündige, Dienstboten Namens der Herrschaft, soweit nicht die Zustimmung der Herrschaft unzweifelhaft konstatirt ist, Altenburg, V. §§ 1, 2 (unselbstständige, unbekannte Personen), Sachsen V. § 4 (Kinder, Unmündige).

[74]) Preussen § 9, Sachsen § 7, Bremen § 12, anscheinend auch Hamburg § 10, Württemberg § 15: Wenn zufolge Vereinbarung mit dem Schuldner die ges. Zwangsvollstreckung unterbleibt. Baden § 13: Oeffentliche Versteigerung oder gerichtliche Zuweisung gemäss L.R. 2078 nach Taxe. Etwas anderes darf vor Fälligkeit der Forderung nicht bedungen werden (ib. § 15).

[75]) Preussen § 11, Sachsen § 7, Baden § 13: 4 Wochen, Württemberg § 16: 4 Wochen bis 2 Monate, Hamburg § 10 „spätestens 12 Monate nach der Verfallzeit", Bayern 4 „spätestens 6 Monate".

[76]) Hamburg § 10 „beeidigter Auktionator". Preussen § 10 ff., Dernburg p. 887. Württemberg § 15: „Auktionator oder Gemeindebeamte". Für Gold- u. Silbersachen, sowie für kurshabende Papiere besteht allerdings nach vergeblichem Auktionsversuch das Recht des Verkaufs aus freier Hand zur Taxe, resp. zum Kurse. Preussen § 10 ff., Sachsen V. § 6, Württemberg § 15 a. l. 2 zum Tageskurs an Zahlungstatt übernommen u. d. l. 3. Bremen A. 12. Ungarn A. 16.

[77]) Nach Württemberg § 13 auch die Cession oder Verpfändung der Darlehnsforderung; ebenso die Benutzung u. Ueberlassung an dritte Personen. Vgl. übrigens R.G.B.

[78]) Sachsen § 7, auch in der Gemeinde, in welcher das Pfandleihgewerbe z. Z. des Geschäftsabschlusses betrieben worden. Nur Letzteres fordert Preussen § 11 u. Württemberg § 15.

[79]) Preussen § 12, Bayern Nr. 4, Sachsen § 8, Württemberg § 17, Baden § 14, Bremen Art. 14, Ungarn A. 15.

[80]) Preussen § 16.

[81]) Preussen § 10 a. E. Sachsen V. 6 Abs. 2 (vgl. aber auch Not. 14).

[82]) Preussen § 13. Sachsen § 9 (spätestens 1 Woche vor der Auktion), Württemberg § 18 (Nach der Reihenfolge der Nummern des Geschäftsbuchs).

11. Etwaige Aufwendungen auf die Pfandstücke kommen nicht in Rechnung.[83])

12. Nur höchst partikulär ist dem Pfandleiher die persönliche Darlehnsklage **versagt**, wenn der Erlös hinter dem Betrage der Pfandsendung zurückbleibt.[84])

13. Wird der Ueberschuss des Erlöses binnen Jahresfrist nicht erhoben, so verfällt derselbe zu Gunsten der Ortsarmenkasse resp. des Fiskus.[85])

14. Die **öffentlichen** (staatlichen, kommunalen) Leihhäuser (montes pietatis)[86]) sind nur zum Theil den nämlichen Gesetzen wie die Pfandleiher unterworfen;[87]) zuweilen ist den kommunalen Anstalten auch in diesem Fall nachgelassen, ihre Pfänder durch einen ihrer vereidigten Beamten verkaufen zu lassen.[88])

---

[83]) Anscheinend Preussen § 15. — Auch die Versteigerungskosten sind oft limitirt, z. B. Bayern Nr. 4: 5 % des Erlöses. Württemberg § 20.

[84]) Sachsen § 12 Abs. 1.

[85]) Preussen § 15, Sachsen § 10, V. § 9 (Armenkasse), Hamburg § 11 (Fiskus).

[86]) Die älteste öffentliche Leihanstalt wurde 1463 zu Orvieto mit päpstlicher Bewilligung gegründet; nach Jäger, Die ältesten Banken, Supplement, Einleitung p. VII 1444 zu Feltre. Vgl. über die montes pietatis besonders Endemann, Studien I p. 460 ff. Vgl. auch Blaize, Des monts de piété et des banques des prêts sur gage, E. Löning in Schönbergs Handbuch II p. 613, Knies, Kredit I p. 161, II p. 28, Neumann p. 412, Kayser im Rechtslex. p. 45. Vgl. übrigens noch oben I p. 71 ff.

[87]) In Preussen § 22 sollen die bei Erlass des Pfandleihgesetzes bestehenden kommunalen Anstalten nach Ermessen des Ministers, die später errichteten unbedingt dem neuen Gesetz unterliegen. Dernburg p. 888. Die staatliche Leihanstalt (in Berlin) ist von dem Gesetz (§ 19) gar nicht berührt. Nicht unterworfen sind dem allgem. Pfandleihgesetz die „gewöhnlichen Pfandleihanstalten“ in Bayern Nr. 13 u. Sachsen § 118. In Altenburg sind nach Ges. § 21 die staatlichen Anstalten dem Gesetz nicht, die gemeindlichen Anstalten dagegen unterworfen, auch die bestehenden, mit Ausnahme der Pfandleihanstalt der Stadtgemeinde Altenburg. Das württembergische Gesetz schweigt. In Baden ist nach § 21 der Geschäftsbetrieb der öffentlichen Leih- und Pfandhäuser nicht berührt; sie folgen dem Ges. v. 6. April 1854.

[88]) Preussen § 21 ff.

Abschnitt 12.

Die Zahlungsgeschäfte.[1])

(Bearbeitet von Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg.)

I. Begriff der Zahlung und des Zahlungsgeschäfts.

§ 444.

1. Das Wort Zahlung wird in Gesetzbüchern[2]) und von Schriftstellern[3]) vielfach zur Bezeichnung jeder **Erfüllung** einer Obligation gebraucht. Dieser Sprachgebrauch giebt dem Wort eine ihm der Ableitung nach nicht zukommende

---

[1]) Literatur: Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschem Rechte. Berlin 1871. — Martens §§ 16, 19, 34, 47—52, Heise §§ 16, 19, 33, Poehls §§ 93, 126—129, 133 ff., Bender §§ 158, 159, Morstadt §§ 16 c, 19 c, 34 c, Brinckmann §§ 135—142, Gad §§ 65—68, Endemann §§ 124—136, Thöl §§ 316—345, Goldschmidt §§ 102—109, Gareis 2. Aufl. § 75. — Fischer-Ellinger §§ 178 u. 252, Stubenrauch §§ 158, 159. — Mittermaier §§ 561 u. 567, Gengler §§ 90, 101—103. — Pardessus P. II t. 2 Nr. 194 ff., Massé IV Nr. 2066 ff. — Kist II p. 307 ff., 393 ff. — Sampajo I p. 352 ff., II p. 285 ff. — Smith 9. Ed. p. 534 ff., Walker, Treatise on banking law p. 75 ff., 126 ff., Daniel, On negot. instr. II p. 231 ff. — Lattes p. 126 ff., Windscheid II §§ 256, 341—344, Brinz § 290, Holzschuher III §§ 212, 221, 227 ff. — Mandry p. 203 ff., 423 ff., C. F. Koch, Recht der Forderungen p. 610—661, Dernburg II §§ 30, 92—98, Förster-Eccius I §§ 91—95. — Schmidt, Vorles. I §§ 111, 112, 122, Siebenhaar p. 465 ff. — Laurent XVII Nr. 476 ff., XVIII Nr. 1 ff., Baumeister p. 298 ff. Marperger, Neu eröffnetes Handelsgericht p. 377—480.

[2]) H.G.B. von Argentina 919. Oesterr. B.G.B. § 1412. Cod. Max. Bav. civ. IV, 14 § 1, C. c. 1234. Hess. Entw. v. 1853 Art. 277, Motive p. 146 (Gruchot p. 8). Auch in Art. 296 des D. H.G.B. ist Zahlung im Sinne von Erfüllung zu verstehen; vgl. die Kommentare von Anschütz u. Völderndorff, Keyssner u. Puchelt zu Art. 296.

[3]) Laurent 476: „Dans le langage du droit, le mot payement a un sens beaucoup plus large, on l'applique à toute obligation qui consiste à donner ou à faire quelque chose.“ Pöhls § 126, Brinckmann § 135 Not. 1, Gruchot p. 7, Struckmann im Jahrb. f. Dogm. XV p. 253; anscheinend auch Endemann § 124 Not. 3, da er die Hingabe von Geldstücken als Zahlung im engeren Sinne bezeichnet.

Bedeutung.[4]) Zahlung, numeratio, ist vielmehr rein sprachlich nichts als Hingabe der Zahl nach, Zuzählung;[5]) hauptsächlich zugezählt werden aber Münzstücke. Mit Rücksicht auf diesen Hauptfall versteht man unter Zahlung soviel wie Geldhingabe und zwar, da die Geldstücke nicht individuell, sondern gerade der Zahl nach hingegeben werden, Geldübereignung.[6]) Diese Geldübereignung kann zu sehr verschiedenen Zwecken erfolgen; die beiden Hauptfälle[7]) sind die behufs Begründung und die behufs Aufhebung einer Geldschuld vorgenommene Geldübereignung, m. a. W. die **obligatorische**[8]) und die **solutorische**[9]) Zahlung. Die solutorische Zahlung wird häufig die Zahlung im engeren oder juristischen oder technischen Sinne genannt.[10])

2. Die Zahlung ist eine **direkte**, wenn derjenige, der zahlen will, der **Zahler**, demjenigen, dem gezahlt werden soll, dem **Destinatär**, das Geld unmittelbar übergibt. Sie ist eine **indirekte**, wenn auf einer oder beiden Seiten ein Dritter die Uebereignung vermittelt: der Dritte kann anstatt des Zahlers dem Destinatär

---

[4]) Windscheid § 342 Not. 1 erklärt diesen Sprachgebrauch für eine „Unart". Vgl. auch Brinz § 290 Not. 1, Siebenhaar p. 466 Not. 1, Römer in Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 44 Not. 8.

[5]) Goldschmidt § 102 Not. 8. Vgl. aber Salpius, Nov. u. Deleg. p. 473: „Die Zahlung kreditshalber (numeratio)."

[6]) Brinz a. a. O. Not. 3. Salpius a. a. O. „abstracte datio". Dagegen bezeichnet Endemann § 80 II u. § 124 II auch die Uebertragung individuell zu restituirender Geldstücke als Zahlung; vgl. jedoch auch § 124 Not. 11: „Die Zahlung ist hier nichts als Tradition der Species."

[7]) Brinckmann p. 523: „Das Handelsrecht insbesondere nennt Zahlung nicht blos die (solutorische) Leistung, sondern auch diejenige, welche ... Obligationsverhältnisse begründet." Andere Fälle: Donandi causa ob causam, satisdandi causa, vergleichshalber; vgl. Goldschmidt p. 1145. R. Koch oben II p. 130, R.O.H.G. XVIII p. 260. — Vgl. dagegen die irrige Bestimmung des C. c. 1235: „Tout payement suppose une dette", der auch Massé 2067 sich anschliesst.

[8]) Die obligatorische Zahlung wird auch die leihweise oder kreditweise Zahlung oder Zahlung auf Kredit genannt. Goldschmidt a. a. O. Brinckmann p. 523. Vgl. auch Struckmann in Jahrb. f. Dogm. XV. Vgl. aber auch Salpius (oben Not. 5).

[9]) Auch solutio hat bekanntlich drei Bedeutungen: a) im weitesten Sinne jede Art der Obligationsaufhebung (liberatio, satisfactio), b) im engeren Sinne die Obligationsaufhebung durch Leistung des Obligationsgegenstandes (Erfüllung), c) im engsten Sinne nur die Aufhebung der Geldobligation durch Geldzahlung. Die solutio im engsten Sinne deckt sich mit der (solutorischen) Zahlung; die solutio im weiteren Sinne fällt mit der übertragenen Bedeutung von Zahlung (vgl. Not. 2 u. 3) zusammen; dagegen ist weder satisfactio mit Zahlung, noch numeratio im gewöhnlichen Sinne stets mit solutio identisch. Vgl. Goldschmidt § 104 Not. 22, Gruchot p. 6 ff., Brinz § 289 Not. 1—6, Windscheid § 341 Not. 5 u. 6, auch schon Scaccia § 2 gl. 5 Not. 18, vgl. auch Massé 2066 u. Römer, Leistung an Zahlungsstatt p. 1 ff.

[10]) Pöhls § 126. „In einem engeren, für das Handelsrecht wohl als den eigentlichen anzunehmenden Sinn." Gad p. 109, Goldschmidt a. a. O., R. Koch a. a. O., Gareis p. 481, Dernburg § 92 (Z. im besonderen Sinne), Eccius § 91 bei Not. 3, Brinckmann § 135 bei Not. 4. In diesem Sinne ist das Wort Geldzahlung auch in Art. 325 des H.G.B. gebraucht; Ob.Trib. Berlin 21. April 1870, Kommentare von v. Hahn u. Keyssner. Ueber die Bedeutung von Zahlung in A. 296, vgl. Busch V p. 261 ff.

das Geld hingeben, — **Zahlungsleister,** — der Dritte kann anstatt des Destinatärs das Geld hinnehmen. — **Zahlungsempfänger.** Der Dritte kann sofort Zahlung leisten resp. empfangen; es kann aber auch die Vermittelung darin bestehen, dass zunächst erst ein Zahlungs**versprechen** von dem Dritten dem zu Bezahlenden, resp. von dem Zahlungspflichtigen dem Dritten gemacht wird, die Zahlung selbst aber diesem Versprechen — wiederum direkt oder indirekt — erst später nachfolgt.[11])

3. Die Zahlung ist kein blosses Faktum, sondern ein **Rechtsgeschäft**[12]) und zwar nach der in Theorie[13]) und Praxis[14]) mit Recht herrschenden Meinung ein auf Uebertragung resp. Erwerbung des Eigenthums an den dazu verwendeten Geldstücken gerichteter, in der Form der Tradition sich manifestirender **Vertrag.**

4. Unter **Zahlungsgeschäften**[15]) versteht man nicht nur die reelle Geldübereignung oder Baarzahlung selbst, sondern auch diejenigen Rechtsgeschäfte, welche ohne Baarzahlung zu sein, doch die Geldübereignung, insbesondere bei Aufhebung einer Geldschuld ersetzen sollen, wie Kompensation und datio in solutum. Im Gegensatz zu der reellen Geldübereignung oder Baarzahlung nennt man jene letzteren Rechtsgeschäfte auch wohl **uneigentliche Zahlungsgeschäfte**[16]) oder **Zahlungssurrogate.**[17])

5. Alle Zahlungsgeschäfte, direkte und indirekte, eigentliche und auch die uneigentlichen,[18]) sind accessorische **Handelsgeschäfte**, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen werden.[19]) Dass

---

[11]) Thöl § 316, Endemann § 126.

[12]) Gruchot p. 12, Eccius § 91 Not. 4, Endemann § 124 bei Not. 25, Zeitschr. f. H.R. XXVII p. 550 (R.G. 2. April 1881) u. XXVIII p. 406 (Behrend).

[13]) A. M. Gruchot p. 12–15, Daniel p. 231, Lepa, Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs p. 240, vgl. aber Savigny, Syst. III p. 312, Windscheid § 171 Not. 3, Wächter, Württemb. Priv.R. II p. 636 Not. 2, Unger, Syst. II p. 170 Not. 5, Römer in Z. f. H.R. XIX p. 72 u. XXIII p. 1 ff., v. Daniels, Preuss. Priv.R. p. 132 Not. 4, Kniep, Einfluss der bedingten Novation p. 102, Goldschmidt in seiner Zeitschr. XVII p. 668, Regelsberger in der Kr.V.J.Schr. XV p. 161, Kosack, Anfechtungsrecht p. 139 Not. 18. Vgl. auch Kohler in Iherings Jahrb. XVII p. 261.

[14]) R.O.H.G. V p. 155 und besonders XXIII p. 143.

[15]) Endemann betitelt den dritten Abschnitt des 3. Buchs von den Handelsgeschäften Geldgeschäfte und definirt dieselben § 124 als diejenigen Geschäfte, welche die Zahlung von Geld zum Gegenstande haben.

[16]) Solutio impropria. Vgl. in historischer Beziehung besonders Endemann, Studien II p. 225 ff., Lattes p. 127 ff. u. 205 ff.

[17]) Endemann § 125, Thöl § 316.

[18]) Goldschmidt I § 57 Not. 33a ff.

[19]) Art. 273 Abs. 1 im H.G.B., R.O.H.G. V p. 153 ff., XXIII p. 144. — Busch's Arch. XIV p. 448, XXVIII p. 506, Goldschmidt a. a. O. Not. 33b, v. Hahn II p. 45 zu Art. 273 § 8. Vgl. aber auch Ob.App.G. Dresden in Zeitschr. XV p. 591.

die Zahlung in einem Handelsgeschäft ihren Ursprung hat, scheint nicht unbedingt erforderlich.[20]) Die Präsumption des Art. 274 Abs. 1 findet auch auf Zahlungsgeschäfte Anwendung, dagegen fallen die von einem Kaufmann gezeichneten Quittungen der Regel nach[21]) nicht unter die Vermuthung des Art. 274 Abs. 2.[22])

Die Zahlungsgeschäfte sind relative Grundhandelsgeschäfte, insoweit sie **Bankiergeschäfte** sind und gewerbsmässig betrieben werden (Art. 272 Z. 2). Bankiergeschäfte sind aber:

a. die Annahme von Zahlungen für fremde Rechnung,[23])

b. die auftragsmässige Einziehung von Zahlungen für fremde Rechnung im fremden oder im eigenen[23a]) Namen (**Einziehungs-** oder **Inkassogeschäft**),[24])

c. die Zahlungsleistung für fremde Rechnung (**Zahlgeschäft, Auszahlungsgeschäft**).[25]) Hierhin gehört insbesondere die Einlösung (nicht die Diskontirung oder der Kauf) von Zinskupons, Dividendenscheinen, ausgeloosten oder gekündigten Anleihepartialen und Aktien, die Auszahlung der bei dem betreffenden Bankier domizilirten oder auf ihn trassirten oder nothadressirten Wechsel, sowie die Auszahlung von Anweisungen, Checks und Kreditbriefen,[26])

d. die Ertheilung von Zahlungsanweisungen und Kreditbriefen auf Dritte,[27])

[20]) Man denke z. B. an den Fall, dass ein Kaufmann seine Villa verkauft, um den zu zahlenden Kaufpreis zur Waarenanschaffung oder zur Tilgung von Handelsschulden zu verwenden.

[21]) Eine Ausnahme liegt vor, wenn die Quittung nur die Form ist, in welche ein Leistungsversprechen sich einkleidet; dies ist z. B. bei dem Quittungscheck der Fall.

[22]) Goldschmidt § 58 Not. 15.

[23]) Vgl. R. Koch u. die Empfangsbescheinigung der Reichsbank in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 235 u. 265.

[23a]) Im eigenen Namen findet das Inkasso nicht nur bei Inhaberpapieren (Thöl § 28 Z. 5), sondern auch sehr häufig bei Ordrepapieren, insbesondere bei fiduciarisch voll- resp. in blanco) indossirten Wechseln statt; selbst bei Namenspapieren ist Inkasso mittelst (fiduciarischer) Cession nicht ganz selten.

[24]) Thöl a. a. O., Goldschmidt § 53, v. Hahn II p. 33, Anschütz u. v. Völderndorff III p. 34, Hübner p. 36 ff., Reichsbankgesetz § 13 Nr. 5, R. Koch in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft u. p. 230, 231, 232 Z. 5, 260 ff. — Ueber den Gegensatz von Einziehung und Empfangnahme vgl. Eccius Not. 11 und die dort Citirten.

[25]) Thöl a. a. O. Z. 7. Dies Geschäft tritt oft in Verbindung mit der Zahlungsannahme auf und wird damit zur Vermittelung von Zahlungen namentlich zwischen verschiedenen Plätzen. Reichsbankverordnung v. Juli 1880 VII, R. Koch in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 235. Es kommt aber auch kreditweise vor.

[26]) Die Reichsbank (R. Koch a. a. O. p. 232) u. Thöl a. a. O. rechnen die Zahlung kraft Checks zum Girogeschäft. Vgl. überhaupt Goldschmidt u. Anschütz u. v. Völderndorff a. a. O.

[27]) R. Koch a. a. O. p. 235 u. 266, Thöl a. a. O. Z. 7: „Zahlung vermittelst Honorirung (auch Ertheilung) von Anweisungen." Goldschmidt § 53 stellt sie zu den Kreditgeschäften.

e. das **Giro-** oder **Umschreibungsgeschäft.**[28])

Absolutes Handelsgeschäft ist nur die Annahme an Zahlungsstatt unter den Voraussetzungen des Art. 271 Z. 1.[29])

6. Insoweit die Zahlung auch nur auf einer Seite Handelsgeschäft, ist sie von den partikularrechtlichen Formvorschriften durchaus befreit; daher ist auch ein bei der Zahlung mündlich erklärter Vorbehalt oder sonstiges Abkommen der entgegenstehenden partikularrechtlichen Vorschrift ungeachtet und selbst neben einer schriftlichen Quittung rechtsgültig.[30])

---

[28]) Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 231 ff., Goldschmidt § 53 Not. 4 b, Thöl a. a. O. Vgl. unten § 447 Not. 9.

[29]) Anschütz u. v. Völderndorff III p. 10 Not. 17.

[30]) R.O.H.G. V p. 151, XIX p. 324—329, Endemann § 124 Not. 26, Dernburg § 290 Not. 3.

II. Arten der Zahlung.

§ 445.

A. Die Baarzahlung.

1. **Baarzahlung** oder Zahlung **per cassa**[1]) ist die körperliche Hingabe und Annahme von Geld, und zwar entweder von Metallgeld oder, was für Deutschland freilich an Bedeutung weit zurückbleibt,[2]) von Papiergeld. Die Zahlung in **Metallgeld** wird auch **Zahlung per contant**[3]) genannt; doch hat dieser Ausdruck noch eine doppelte andere Bedeutung, indem er einerseits jede Zahlung Zug um Zug, andererseits jede Zahlung per cassa im Gegensatz zu jeder anderen Schuldtilgungsart, namentlich im Gegensatz zur Kompensation bezeichnet.[4])

Die Baarzahlung kommt bei der direkten, wie bei der indirekten Zahlung vor. Sie hat für das Handelsrecht nichts Besonderes,[5]) doch dürfte auch hier an die folgenden Punkte immerhin zu erinnern sein.

2. Der Zahler muss willens- und veräusserungsfähig sein.[6]) Das von einem Unfähigen gezahlte Geld kann, so lange es unvermischt, vindizirt und eventuell kondizirt werden;[7]) gereicht die Zahlung dem Unfähigen jedoch zum Vortheil, so ist sie partikularrechtlich[8]) gültig und wird auch gemeinrechtlich in Folge

[1]) Morstadt p. 31, Mittermaier § 567, Thöl § 317, Pöhls p. 290.

[2]) Dass es kein deutsches Papiergeld gibt, vgl. oben II p. 126. R. Koch.

[3]) Scaccia § 1 qu. 7 p. 2a, 3 No. 10 „de contanti." — Zipffel, Tract. v. Wechselbrieff. 1701 p. 252: „in contanti wirkliche baare Zahlung. Rot. Gen. decis 2 Not. 14 i. e. parata pecunia". Brinkmann § 136 Not. 4. Vgl. auch Gad p. 229, Thöl a. a. O. „in Metallgeld (Contanten)". Auch die Schreibweise per comptant ist üblich.

[4]) R.O.H.G. V p. 159.

[5]) So Thöl a. a. O. Vgl. Pöhls p. 290.

[6]) Die Baarzahlung ist auch in mehreren ausländischen Handelsgesetzbüchern (z. B. von Argentina, Brasilien, Portugal), sowie in Handelsrechtslehrbüchern (z. B. von Pardessus, Massé, Pöhls, Endemann) mehr oder minder eingehend erörtert; zahlreiche Fragen auch von Goldschmidt in dem bahnbrechenden Abschnitt des 3. Buchs seines Handbuchs.

[6]) Gruchot p. 15—29.

[7]) Marperger p. 378. Anders nach preuss. L.R. und österr. B.G.B. § 1421.

[8]) Preuss. L.R. §§ 40 ff., 170 ff. I 16 (Dernburg § 94 Not. 10–12, Eccius Not. 25). Oesterr. B.G.B. § 1421. Sächs. B.G.B. § 689 (Siebenhaar p. 466 Not. 3,

der gegen die Rückforderung zustehenden exceptio doli aufrecht erhalten.[9]) Der Zahler soll dem Empfänger Eigenthum an den gezahlten Geldstücken verschaffen. Hierzu braucht er jedoch nicht gerade Eigenthümer derselben zu sein; Verfügungsbefugniss genügt; [10]) jedenfalls erwirbt der Empfänger fremden Geldes nachträglich das Eigenthum durch redliche Vermischung, Ausgabe oder Usukapion.[11])

Die Baarzahlung kann auch indirekt durch einen Dritten erfolgen. Dass derselbe im Auftrage[12]) oder auch nur mit Wissen desjenigen handele, für den er zahlt, ist schon nach Civilrecht nicht erforderlich[13]) und im Handelsverkehr erst recht unnöthig.[14]) Selbst gegen den erklärten Willen des zur solutorischen Zahlung Verpflichteten darf der Dritte zahlen.[15]) Dagegen kann der zu Bezahlende wegen eines freilich selten vorkommenden rechtlichen Interesses[16]) die Annahme der Zahlung eines unbeauftragten Dritten ablehnen.

Schmidt p. 404). Das gilt auch für das franz. Recht trotz Art. 1238; vgl. Massé 2085 „en accomplissant une obligation valable, il n'éprouve aucune lésion".

[9]) Gruchot p. 16 Not. 3.

[10]) Brinz § 290 Not. 48. Dagegen fordert prinzipiell Eigenthum Thöl § 137 nach Not. 3, sowie der franz. C. c. 1238, mit dem das H.G.B. v. Argentina 920 übereinstimmt; vgl. aber Massé 2081: „Cette rédaction (des Art. 1238) est mauvaise, en ce sens qu'elle fait une règle générale de ce qui n'est qu'une exception"; etwas beschönigender Laurent 493.

[11]) Brinz Not. 51, Gruchot p. 125 ff., Windscheid § 342 Not. 8, Thöl a. a. O. Auch C. c. 1238 u. Arg. 920 erkennen die Konsumption als Ausnahme an: „cette exception," meint Massé 2081, „s'applique principalement aux matières commerciales." Neuere Rechte (Oesterreich, Sachsen, Preussen, England) schliessen selbst die Vindikation unvermischten fremden Geldes gegen den redlichen oder doch gegen den redlichen und entgeltlichen Besitzer schlechthin aus. So Goldschmidt § 105 Not. 10, wo zahlreiche Nachweise; vgl. auch Zeitschr. f. H.R. XVII p. 668. Ueber Preussen (§ 45 ff. I, 15) vgl. noch Dernburg § 92 Not. 4 u. Gruchot p. 128 ff., über Sachsen Schmidt p. 210.

[12]) Ueber das Zahlungsmandat vgl. unten § 450.

[13]) Gruchot p. 18 ff.

[14]) Marperger p. 378. Endemann § 97 Not. 8 u. Cit. — Ueber unbeauftragte Ehrenzahlnng des Wechsels vgl. Massé 2074 ff., Wächter, Encykl. p. 291 u. unten IV p. 294.

[15]) Ueber das Prinzip alium pro alio solvere posse vel invito debitore vgl. Ihering in s. Jahrb. II p. 93 ff. (Gruchot p. 20 ff.) — Dagegen gibt das österr. B.G.B. § 1422 u. der Dresdener Entw. 234 dem Schuldner ein Veto; nach preuss. A. L.R. § 51 steht dies Veto nur Gläubiger und Schuldner gemeinschaftlich zu. Vgl. indess auch R.G. VII p. 197. Das Brasil. H.G.B. 436 versagt der Zahlung des Dritten die Wirkung gegen die ursprünglichen Schuldner und Gläubiger, wenn es „für den Schuldner vortheilhaft war, dass die Zahlung nicht geschah, indem er alsdann die Klage auf irgend eine Weise zu vereiteln im Stande gewesen wäre". Vgl. noch Busch A. 43 p. 90.

[16]) Z. B. wenn in der Zahlung eine Anerkennungshandlung des Schuldners läge, vgl. Gruchot p. 21 ff., Sintenis II § 103 Not. 37, oder wenn die Forderung mit einer Pflicht verknüpft ist. R.G. VII 197. Gegen das Widerspruchsrecht des Gläubigers anscheinend generell Brinz nach Not. 49 u. Windscheid Not. 24, sowie die neueren Partikularrechte, auch das französische, da C. c. 1237, dem wiederum Argent. H.G.B. 922 sich angeschlossen, nur bezüglich der „obligation de faire" den Willen des Gläubigers, der ein Interesse daran hat, dass der Schuldner selbst erfülle, entscheiden lässt; vgl. aber auch Laurent 482 a. E. Ganz anderer Meinung ist Thöl, W.R. § 133 Not. 11: „Der Satz, dass ein Gläubiger die Zahlung eines Dritten für den Gläubiger nicht zurück-

Unter den von Mehreren angebotenen Zahlungen hat der Destinatär die Wahl.[17])

Durch die Zahlung eines Dritten wird der Schuldner nur befreit, wenn der Dritte in der Absicht, die fremde Schuld zu tilgen,[18]) gezahlt hat. Es findet in diesem Falle gemeinrechtlich[19]) kein Eintritt des Dritten in die Rechte des Gläubigers statt. Dem Dritten steht vielmehr, wenn er beauftragt zahlte, nur die actio mandati contraria zu. Ob er durch auftragslose Zahlung die a. negotiorum gestorum erwirbt, hängt von Entscheidung der Thatfrage ab, ob die Zahlung an sich als ein utiliter gestum anzusehen ist. Diese Frage wird, insbesondere wenn es sich um Schulden eines Kaufmanns handelt, in der Regel dann zu verneinen sein, wenn der Zahlungsleister selbst Schuldner jenes, für den er zahlte, ist; denn es ist oft genug dem Kaufmann weit nützlicher, Geld selbst zurückzuempfangen und die Verfügung über dasselbe zu haben, als von irgend einer vielleicht gar nicht drückenden Schuld liberirt zu sein.[20]) —

Zahlt hingegen der Dritte ohne Tilgungsabsicht, so wird der Schuldner nicht frei; vielmehr erwirbt der Dritte, der animo emendi zahlt, die Forderung des Bezahlten.[21]) Zahlt er die fremde Schuld in der Meinung, dass sie seine eigene sei, so tritt gleichfalls der Regel nach keine Befreiung des Schuldners ein.[22])

---

weisen dürfe, ist weder im R.R. ausgesprochen, noch selbst auf eine Schuld im Geben beschränkt, zu konstruiren." Das englische Recht scheint die Annahme der solutorischen Zahlung von dem Dritten in den Willen des Schuldners zu stellen; vgl. Smith p. 535 Not. e: „By the civil law payment by whomever made, liberated the debtor. And such it would appear is the law of England, if the payment be made for or on account of the debtor, and he (?) choose to adopt it." Das Pronom he weist grammatisch wenigstens auf debtor.

[17]) Ueber die Kollision der Zahlungsofferten im Wechselrecht (D. W.O. 62) vgl. Thöl, W.R. § 140 III, 2) auch unten IV p. 295 Not. 16 (Brachmann).

[18]) Vgl. Windscheid § 342 Not. 22, Gruchot p. 29 ff. Vgl. aber auch Ladenburg in Buschs Arch. XXXVIII p. 175—186.

[19]) Anders das österr. B.G.B. § 1358 und das preuss. L.R.; über die verfehlten, unklaren und verworrenen Bestimmungen des preuss. L.R. vgl. Gruchot p. 31 ff., aber auch Eccius bei Not. 35. R.G. VII p. 196 ff., dem R.R. entspricht der C. c., während das sächs. B.G.B. § 955 noch insofern darüber hinausgeht, als es die Abtretung der Klage des Gläubigers nicht nur vom animus emendi, sondern auch von einem besonderen, bei der Zahlung gemachten und vom Gläubiger angenommenen Vorbehalt abhängig macht. Vgl. auch Württ. Entw. Mot. p. 287 zu Art. 321.

[20]) Pardessus 196 „parce qu'il pouvait avoir moins d'intérêt à acquitter cette dette, qu'à toucher ses fonds pour éteindre une dette plus onéreuse." Ganz übereinstimmend das Erk. des H.App.G. Nürnberg v. 26. Septbr. 1866 in Zeitschr. f. H.R. XII p. 235. Vgl. aber auch Massé Nr. 2073: „Cette action (neg. gest.), dont l'exercice dépendrait des circonstances, devrait être plus facilement accueillie en matière commerciale qu'en matière civile." Vgl. überhaupt noch Dernburg Not. 9, Windscheid § 430 Not. 17, Gruchot p. 41 ff., R.O.H.G. XVI p. 327. Busch A. 43 p. 90.

[21]) C. F. Koch § 154 Not. 40: „Sei es, dass ihm eine actio utilis zusteht, oder die directa von dem Gläubiger cedirt werden muss." Gruchot p. 29 ff. Vgl. oben Not. 19, Massé 2152 ff., Laurent XVIII 1 ff. Ueber den Eintritt des Ehrenzahlers nach W.R. vgl. Zeitschr. f. vgl. R.W. IV p. 138 ff. und unten IV p. 293 (Brachmann).

[22]) R.O.H.G. XV p. 246. — Vgl. auch Gruchot p. 42 ff., p. 46 Not. 26, Brinz § 321 Not. 49.

3. Was den **Zahlungsempfänger**[23]) betrifft, so kann nicht nur an den Destinatär[24]) selbst, sondern auch an seinen Rechtsnachfolger oder seinen Bevollmächtigten gültig gezahlt werden. Der Destinatär muss handlungsfähig sein, dagegen ist für den Stellvertreter die gleiche Eigenschaft nicht erforderlich.[24a]) Die an einen Handlungsunfähigen unmittelbar geleistete Zahlung ist insoweit rechtswirksam, als das Gezahlte noch vorhanden oder der Empfänger dadurch bereichert ist.[25]) Ebenso ist die an eine zur Annahme nicht befugte Person erfolgte Zahlung gültig, wenn der eigentliche Destinatär sie billigt, oder sofern das Gezahlte in sein Vermögen gekommen.[26]) Dem Gläubiger des zu Bezahlenden darf ohne Zustimmung des Letzteren nur, soweit ein utiliter gestum vorliegt, gezahlt werden.[27])

Der Nachweis der Legitimation liegt demjenigen, der Zahlung fordert, die Prüfung der Legitimation des Empfängers dem Zahlenden ob, soweit sie nicht vertragsmässig[28]) oder gesetzlich[29]) dem gutgläubigen Zahler abgenommen ist. Das deutsche Handelsgesetzbuch hat, wie an anderer Stelle schon genauer ausgeführt, eine Anzahl von Präsumptionen über die Berechtigung gewisser Kategorieen des Handlungspersonals resp. des Quittungsbringers zum Zahlungsempfang aufgestellt.[30]) Die Abnahme der zeitraubenden und daher dem Handelsverkehr vielfach unerwünschten Legitimationsprüfung bezwecken in vielen Fällen

---

[23]) Vgl. überhaupt Gruchot p. 48, 67, Windscheid § 342 Not. 28—47, Brinz § 290 Not. 52—61, Dernburg § 93, Eccius a. a. O. Not. 6—22, Pardessus 196—198, Massé 2089—2116, Laurent XVII 511—554, Endemann § 126 Not. 27.

[24]) Bei solutorischer Zahlung an den Gläubiger, bei obligatorischer Zahlung an denjenigen, der durch den Empfang verpflichtet werden soll. Vgl. oben III § 427 Not. 87.

[24a]) Pardessus 196, Argentina H.G.B. 923 „wenn der Beauftragte auch unfähig sein sollte, sich zu verpflichten“.

[25]) Gruchot p. 51, Pardessus a. a. O., Massé 2101, Laurent 540 ff., Brinz Not. 61, auch Endemann § 97 Not. 10. Marperger a. a. O., Zahlung an den Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung vgl. D. R.K.O. §§ 5 u. 7, Eccius Not. 14, Massé 2100 ff.

[26]) Gruchot p. 52, Argentina H.G.B. 923 a. l. 2. — Massé 2116. — Natürlich auch dann, wenn die dritte Person nachträglich selbst Gläubiger oder vom Gläubiger beerbt wird. Brinz Not. 58, Windscheid Not. 39 ff., wo auch noch einige exceptionelle Fälle.

[27]) Vgl. oben Not. 20, Brinz bei Not. 57 „überall, wo billigerweise ratihabirt werden musste“; zahlreiche Citate über die Streitfrage bei Gruchot p. 53 ff., vgl. Dernburg Not. 22, Windscheid Not. 42. Ueber England vgl. Smith p. 542 (der tenant kann den Pachtzins statt dem own landlord dem superior lord für den Fall zahlen, „if threatened with distress by him“.

[28]) Die Reichsbank z. B. hat zuweilen vorbedungen, dass sie berechtigt, aber nicht verpflichtet sein soll, die Legitimation des Empfängers der Zahlung zu prüfen. (Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 266.)

[29]) Das H.G.B. von Argentina 924 hat, auch hierin dem C. c. 1240 gleich, die Rechtsgültigkeit der bona fide-Zahlung an denjenigen, der im Besitz der Schuldforderung war, anerkannt. Der unklare Begriff „possession de la créance“ bezieht sich weder stets, noch nur auf beurkundete Forderungen, vielmehr z. B. auch auf den Fall des héritier apparent. Der Ausdruck bedeutet „être en possession de la qualité de créancier“, „être réputé créancier par les tiers debiteurs“ Laurent 543 ff., Gruchot p. 54 ff.

[30]) Art. 47, 49, 50, 296. Vgl. oben I p. 294 (Wendt). Dernburg Not. 10 ff., Massé 2105 ff.

die Werthpapiere. Auch hiervon ist bereits an anderer Stelle eingehend gehandelt.[31]) Mäkler sind im Zweifel zum Zahlungsempfang nicht berechtigt.[31a])

Die adjectio solutionis causa[31b]) eines gegen Widerruf geschützten[31c]) Dritten ist dem heutigen[31d]) Rechtsverkehr zwar nicht ganz fremd, aber doch seltener geworden.[32]) Auch die modernen Kodifikationen haben entweder das ganze Institut mit Stillschweigen übergangen[33]) oder doch dem eigentlichen Zahlungsberechtigten die Befugniss gewährt, dem Zahler unter gewissen Verhältnissen das Wahlrecht, statt an ihn an den adjectus zu zahlen, zu entziehen.[34])

4. Die solutorische[35]) Zahlung ist, sofern nicht eine bestimmte Münzsorte

---

Dem Prokuristen kann, wie dem Prinzipal selbst gezahlt werden. Die Reichsbank a. a. O. p. 228, 229, 234, 246 ff. verlangt auch für Prokuristen und Bevollmächtigte behufs Zahlungsempfangs besondere schriftliche Vollmacht und persönliche Vorstellung; diese Vollmacht erlischt nur durch schriftlichen, der Reichsbank gegenüber erklärten Widerruf, nicht schon durch Löschung der Prokura im Handelsregister (R. Koch a. a. O.). — Zu H.G.B. 29 vgl. Busch XXIX p. 78 ff. — Ueber D. W.O. Art. 17 vgl. unten IV p. 169 ff. — Ueber die Legitimation des Gerichtsvollziehers zum Zahlungsempfang vgl. Windscheid Not. 29, Eccius Not. 9 (C.P.O. § 675 ff.), Massé 2104, Laurent 529. Vgl. auch Pardessus 197.

[31a]) Marperger p. 379 ff. Vgl. auch R.O.H.G. XI p. 343.

[31b]) Ausführlichst handelt davon Straccha, Tract. de adjecto. Col. 1595 p. 554—792. Vgl. Endemann § 126 Not. 5.

[31c]) A. M. Straccha p. 1 Nr. 30: „sed ego puto illum etiam Adjectum dici posse, qui solutioni adjicitur, et revocari potest, et ei invito creditore solvi nequit.“

[31d]) Vgl. dagegen Straccha P. 1 Nr. 37: „Vix mercatura posset exerceri, si adjecti constitui non possent.“ Vgl. aber Endemann a. a. O.

[31]) Oben II § 196 (Brunner).

[32]) Bähr in J. f. Dogmatik VI p. 150, Gruchot p. 56 ff. Vgl. gegen Letzteren Goldschmidt in seiner Zeitschr. XVII p. 668. Bei der Reichsbank kommen allerdings verschlossene Depositen vor mit der Klausel: „Die Rückgabe soll an mich oder an X erfolgen“ und Koch (Zeitschr. XXIII p. 277) bemerkt dazu: „gewissermassen adjectus sol. causa; aber, abgesehen davon, dass hier von Restitution eines regulären Depositums und nicht von Geldzahlung die Rede ist, dürfte der Deponent doch auch in diesem Falle das Widerrufsrecht behalten. Für die offenen Depots von Werthpapieren hat die Reichsbank die allgemeine Bestimmung erlassen (a. a. O. p. 239 Z. 5): „Soll zur Erhebung der Zinsen und Dividenden ausschliesslich eine dritte Person berechtigt sein, so ist dies in einer besonderen, von jener Person mit vollzogenen Erklärung auszusprechen;“ hier fehlt die Alternative, die sich in der Formel „mihi aut illi dare spondes?“ findet.

[33]) Gruchot p. 58. So Oesterreich und Frankreich. Massé 2102 hält den adjectus gewissermassen für den Mandatar beider Parteien; sein Mandat ende daher durch seinen Konkurs. Vgl. aber auch Laurent 521: Widerruflichkeit nur unter Zustimmung beider Theile. Auch das Schweizer Obl.R. kennt das Institut nicht.

[34]) Die dürftigen preussischen Bestimmungen I 16 § 31 ff. (Dernburg Not. 19, Eccius Not. 16 ff., Gruchot p. 58) berechtigen hierzu bei veränderten Umständen oder ohne solche unter Entschädigung des Schuldners. Nach dem sächs. B.G.B. § 692 kann der adjectus wenigstens durch Erhebung der Klage wider den Verpflichteten Seitens des eigentlich Berechtigten ausgeschlossen werden; keinesfalls hat er Klagerecht. Vgl. Gruchot p. 56 ff., Schmidt p. 384, Siebenhaar § 281 a. E.

[35]) Bei der obligatorischen Zahlung ist, falls in Frage steht, in welcher Sorte hingegeben worden, für die Münzsorte des Vertragsorts zu präsumiren. Goldschmidt § 105 Not. 25, Endemann § 124 Not. 19. — Ueber den Unterschied von Schuldsumme

zugesagt ist, in Währung[36]) und zwar im Zweifel nach Art. 336 H.G.B. in der Währung des Erfüllungsortes zu leisten.[37]) Sind mehrere Münzsorten Währung, so hat, vorbehaltlich besonderer Abrede,[38]) der Schuldner unter denselben die Wahl, gleichviel in welcher Münzsorte die Schuld ausgedrückt ist, oder in welcher Münzsorte etwa die Hingabe stattgefunden hatte.[39]) Der Gläubiger muss das Währungsgeld im Zweifel zum Nennwerth nehmen, sollte diesem auch der Metallwerth und der Kurs nicht entsprechen.[39a])

Ist dagegen Zahlung in einer bestimmten, nicht ausdrücklich verbotenen[40]) Münzsorte zugesagt, so ist zu unterscheiden: kursirt die Sorte am Zahlungsorte, so braucht der Destinatär eine andere Sorte nicht anzunehmen;[41]) kursirt sie dagegen dort nicht, so ist noch eine weitere Scheidung nach dem Zweck der Sortenangabe erforderlich.[42]) Geschah nämlich die Nennung der Sorte nur

und Zahlungssumme vgl. Goldschmidt Not. 52 ff., Gruchot p. 88 ff., Windscheid § 256 Not. 23 ff. Vgl. auch R.O.H.G. VI p. 30.

[36]) Denn Währung ist eben das Geld mit der Eigenschaft des gesetzlichen Zahlungsmittels. Oben R. Koch § 184 Not. 11. Stammt Währung doch auch sprachlich von Gewähren, das im Mittelhochdeutschen oft für zahlen gebraucht wurde, Roscher III § 43 Not. 1. — Vgl. auch Pöhls Not. 3. Nach dem Württemb. Entw. 310 sollten kursirende Münzen auch ohne gesetzlichen Kurs zum Frankf. Geldkurs angenommen werden.

[37]) Oben Regelsberger § 254 Not. 30, Goldschmidt Not. 25, Endemann a. a. O. u. § 91 Not. 17, Daniel p. 249. Für die Münze des Orts des Vertragsschlusses ist Brinz Not. 6. Vgl. noch Mandry p. 215. Ueber die deutsche hinkende Reichsgoldwährung ist oben II § 185 von R. Koch bereits gehandelt. Das Schweizer Obligationenrecht Art. 97 Abs. 1 schreibt für alle Nichtsortenschulden Zahlung in der Landesmünze vor.

[38]) Massé 2127 ff. Der Schuldner kann bezüglich einzelner Münzsorten oder ganz auf das Wahlrecht verzichten; das Wahlrecht zwischen den einzelnen Sorten der Währung kann dem Gläubiger eingeräumt sein. Vgl. auch unten bei Not. 49. Durch Verbotsgesetz kann die Abrede, in gewissen Sorten der Währung, besonders in Papier, nicht zahlen zu wollen, ausgeschlossen sein, vgl. Pardessus 204.

[39]) Goldschmidt Not. 26, Windscheid § 256 Not. 3, Massé 2130 ff., Gruchot p. 82 ff., C. c. 1895, Argent. 702, sächs. B.G.B. § 655 ff. Die „ganz verfehlte" Vorschrift des § 778 preuss. L.R. I, 11 (das Kapital muss in derjenigen Münzsorte, in welcher es gegeben worden, zurückgezahlt werden) ist jetzt bedeutungslos geworden, Dernburg II § 33 Not. 6. — Ueber die Annahmepflicht in Bezug auf Scheidemünzen, beschädigte, verfälschte, unterwichtige und ausländische Münzen ist bereits oben gehandelt (§ 185 bes. Not. 7, 8, 17 ff., 29, 61 ff.); vgl. noch Mandry p. 205, 208 Not. 9, Goldschmidt Not. 71, Brinz Not. 10 ff., Windscheid Not. 11, Gruchot p. 90 ff., 105, Karlowa in der K.V.J.S. XI p. 545, vgl. auch Thöl § 317 Not. 3 (verrufenes Geld kein Zahlmittel). — Pöhls Not. 5. Marperger p. 394, Württemb. Entw. a. a. O. Motive p. 270 ff.

[39a]) Dernburg § 32 Not. 2 und nach Not. 4.

[40]) Ueber Umlaufsverbote des deutschen Reichs vgl. oben § 185 Not. 65, 66, Hollands vgl. Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 202. Vgl. auch Windscheid Not. 4 u. Dernburg § 32 Not. 1.

[41]) Goldschmidt Not. 27 ff., Endemann Not. 17.

[42]) D. W.O. Art. 37, H.G.B. Art. 336 Abs. 2 (über den Einfluss des Münzgesetzes auf denselben vgl. Soetbeer p. 107 ff.). Uebereinstimmend das Schweizer Obl.R. Art. 97 Abs. 2 u. Brasil. 431. Ueber die abweichenden Gesetzgebungen vgl. Goldschmidt Not. 36 u. 37, auch Zeitschr. f. vgl. R.W. IV.

behufs Angabe des Schuldbetrages, sog. **qualifizirte Geldschuld,**[43]) so darf (und muss im Fall der Nichtbeschaffbarkeit der Sorte) die Zahlung in der Währung des Zahlungsorts erfolgen und zwar, falls die bedungene Sorte nicht Währung war, nach dem Kurse, eventuell dem Münzpari,[44]) anderntalls aber nach dem Nennwerth.[44a])

Ging dagegen die Intention der Parteien lediglich auf die bedungenen Geldstücke, z. B. aus Münzliebhaberei des Gläubigers oder wegen seines Verkehrs mit dem Ausland,[45]) und auch nicht einmal eventuell auf den Werth, — sog. **exklusive Geldsortenschuld,** — und das ist bei Gebrauch der Effektivklausel stets,[46]) unter Umständen aber auch in andern Fällen anzunehmen, — so hängt die Entscheidung noch weiter von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Beschaffung jener Sorte ab: kann die Sorte überhaupt beschafft werden, wenn auch mit unverhältnissmässigen Opfern,[47]) so muss in jener Sorte bezahlt werden; ist dagegen die Beschaffung absolut unmöglich, so ist bei wirklich exklusiver Sortenschuld, da die Münze hier Waare, der Vertrag wie jeder andere Vertrag auf Lieferung nicht zu beschaffender Waare zu behandeln.[48])

---

[43]) Dernburg § 33.

[44]) Genaueres bei Goldschmidt Not. 52 ff., besonders 61—68, wo viele Nachweisungen. Das Schweizer Obl.R. schweigt, während noch die ersten Entwürfe für den Fall, dass die bedungenen fremden Münzsorten nirgends mehr im Umlauf, die Leistung nach dem Metallwerth vorgeschrieben hatten. Schneider u. Fick zu Art. 97, Brasil. 431 a. E.

[44a]) Vgl. die Entsch. des O.App.G. Lübeck v. 14. Juni 1872, bei Busch XXVII p. 161 (Zahlung war in fremder Münze oder Werth zugesagt, die Münze am Zahlungsort war nicht beschaffbar, und ein direkter Kurs vom Kontraktsort auf den Zahlungsort nicht vorhanden; der Metallwerth wurde für die Berechnung als entscheidend erklärt).

[45]) So Dernburg nach Not. 7.

[46]) Diese Bedeutung der Effektivklausel billigt für den Wechsel Dernburg Not. 5, während er für die allgemeine Transposition der Norm auf alle Handelsgeschäfte (Art. 336 Abs. 2) als dem Gedanken des Art. 278 zuwiderlaufend für „kaum glücklich" ansieht. Vgl. aber auch Ansaldus, disc. 88 No. 4: observatio interpretativa in materia monetarum non attenditur, quando conventio solvendi est clara et litteralis. Massé 2131.

[47]) Scaccia § 2 gl. 3 Nr. 112: „debitor debet speciem pecuniae quam debet emere omni pretio." Massé 2131. Endemann, Stud. II p. 217 Not. 32 u. 33. Die herrschende Meinung (Windscheid § 256 Not. 6, Holzschuher III p. 52, Goldschmidt Not. 43) stellt dagegen die Beschaffung mit unverhältnissmässigen Opfern dem des völligen Verschwindens der Münzsorte aus dem Verkehr gleich, in der That wählt Ulpian in der zur Begründung angeführten l. 71 D. de leg. (I) als Beispiel des utique praestare non posse auch das immensum pretium petere Seitens deren Eigenthümers; doch handelt es sich dort nicht um eine freiwillig übernommene Handelsschuld, sondern um eine res aliena legata; die Billigkeitsgründe (aequissimum est concedi officio judicis aestimationem praestare), die für das Legat die Entscheidung rechtfertigen, fallen bei Handelsschulden fort; so koncedirt auch Goldschmidt a. a. O., dass bei den kürzeren und strikten Handelsschulden nicht leicht eine unverschuldete Unmöglichkeit anzunehmen sei. Vgl. übrigens auch noch oben § 250 Not. 4 u. 5 (Regelsberger).

[48]) Das ist freilich bestritten, vgl. Goldschmidt bei Not. 28, Dernburg Not. 8, Karlowa p. 557, aber auch sächs. B.G.B. § 670, hess. Entw. 291 (Gruchot p. 100 ff.) Hartmann. Intern. Geldschuld p. 36 ff., Massé 2131, Windscheid Not. 5, Endemann Not. 12. („Im Zweifel ist nicht anzunehmen, dass die Unmöglichkeit den Schuldner gänzlich befreit.") Schneider u. Fick a. a. O. R.G. VI p. 126.

Ist Zahlung alternativ[49]) in mehreren Münzsorten oder Währungen (sei es an einem oder an mehreren Zahlungsorten) zugesagt, so hat, wenn dem Gläubiger nicht das Wahlrecht ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt ist, der Schuldner die Wahl.[50]) Wird die Leistung einer Sorte oder Währung absolut unmöglich, so ist in der andern resp. einer der noch übrigen zu leisten; der Wahlberechtigte hat gemeinrechtlich deshalb kein Rücktrittsrecht.[51]) Das Wahlrecht wird in Zweifel erst mit der vollendeten Zahlung oder der Erhebung der Klage, nicht aber schon durch die blosse Erklärung des Wahlberechtigten konsumirt.[52])

Zu den Fällen wahrer Unmöglichkeit der Leistung der bedungenen Münzsorte gehört auch die Ausserkurssetzung derselben in Folge gesetzlicher Verminderung des Währungssystems nach Begründung der Zahlungsverbindlichkeit. Exklusive Sortenschulden sind für diesen Fall unter Umständen,[52a]) einfache Summen- und qualifizirte Geldschulden aber stets in der neuen Münze zu leisten, und zwar ist, insoweit der Gesetzgeber[53]) nicht, wie das die Regel und auch im deutschen Münzgesetz Art. 14 geschehen, ausdrückliche Umrechnungsbestimmungen getroffen hat, wohl dasjenige Kursverhältniss der neuen zur alten Währung zu Grunde zu legen, welches zur Zeit der Fälligkeit[54]) der Schuld am Zahlungsorte besteht. Die Annahme, dass das Werthverhältniss zur Zeit der Schuldentstehung[55]) oder

[49]) Z. B. durch die Worte „gleich", „oder", die im Zweifel keineswegs nur als „vergleichungsweise" angegeben, als blosse Belehrungen und unmaassgebliche Urtheile zu verstehen sind. Vgl. hierüber die von Keyssner zusammengestellten Entscheidungen der (etwas zu eng) sog. Kuponsprozesse Zeitschr. f. H.R. XXVII p. 512—597, XXVIII p. 283—292, Bekker, Ueber die Kuponsprozesse der österr. Eisenbahngesellsch. und über die internat. Schuldverschreibungen, 1881, besonders p. 36 ff., 131 ff., Hartmann, Internat. Geldschulden 1882 p. 11 ff., Czylharz in der K.V.J.S. XXIV p. 53 ff., Behrend in Zeitschr. f. H.R. XXVIII p. 402 ff., sowie die von Keyssner a. a. O. p. 512 Not. 1 citirten Schriften von Frankl, Hertzka, Stall, Ofner u. Benies.

[50]) Windscheid § 255 Not. 5.

[51]) Anders nach preuss. Recht § 33 I 11 (vgl. Dernburg § 29 Not. 5 u. 19), auch nach § 907 österr. B.G.B.; vgl. Zeitschr. f. H.R. XXVIII p. 285.

[52]) Bekker p. 38—40. Anders nach preuss. Recht; das jus variandi müsste vorbehalten sein, Dernburg a. a. O. nach Not. 16.

[52a]) Vgl. Württemb. Entw. Motive p. 273.

[53]) Hartmann, Internat. Geldschulden p. 45 ff. hält es für praktisch gar nicht anders denkbar, als dass die Gesetzgebung des Währungslandes selbst den Uebergang zur neuen Währungsbasis regelt; nur die Gesetzgebung von ihrer höheren Warte aus könne das Problem lösen; die Umrechnung und Werthung beim Währungswechsel aus rein juristischen Gründen zu entscheiden, hält er für unmöglich. Vgl. auch Cosack in Zeitschr. f. H.R. XXIX p. 324: „Nach der eigenen Intention der Parteien ist bei einem Währungswechsel der alten Münze die neue in dem autoritativ festgesetzten Werthverhältniss zu substituiren. Vgl. gegen die von Hartmann postulirte Abdankung der Wissenschaft und Judikatur jetzt treffend Behrend a. a. O. p. 410, 411.

[54]) Dafür Bekker p. 103 ff., 112 ff.; dagegen Hartmann, Internat. Geldschulden p. 49 (weil nicht Metall, sondern Geld in obligatione). Vgl. übrigens auch das Hamburgsche G. v. 11. Novbr. 1872 § 5 a. E. (Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 563).

[55]) Für diese Annahme Pöhls Not. 1 u. 3, auch Goldschmidt Not. 77, der sie aber später selbst aufgegeben, (unten Not. 57), u. Württemb. Entw. 311 a. E. Motive

der Schuldzahlung[56]) oder des Währungswechsels[57]) maassgebend sei, ist abzuweisen. Ist nicht das Währungssystem, sondern nur der Münzfuss verändert, so hat bei Schweigen der Gesetzgebung die Umrechnung nach dem Verhältniss des Feingehaltes der alten und der neuen Münzsorte zu erfolgen.[58])

Hat der Gesetzgeber selbst Normen für die Umrechnung bei Münzfuss- oder Währungsänderung erlassen, so binden diese Normen nach konstanter höchstrichterlicher deutscher Judikatur auch diejenigen ausländischen Schuldner, deren Schuld im Inland zu erfüllen ist.[59])

Reichskassenscheine und Banknoten braucht in Deutschland der Privatgläubiger, der nicht etwa Emittent derselben, im Zweifel nicht anzunehmen;[60]) freiwillige Annahme ist Annahme an Zahlungsstatt.[61]) Besteht in einem Lande dagegen wirkliche Papiergeldwährung mit Zwangskurs, so ist, bezüglich der in

---

p. 273. Dagegen Knies, Geld 339 ff., Hartmann, Begriff des Geldes p. 89 u. internat. Geldschulden p. 45. Vgl. auch Daniel p. 249.

[56]) Diese Ansicht wird Hartmann nur irrthümlich zugeschrieben; vgl. Internation. Geldschulden p. 48; gegen diese eines festen Zeitpunkts entbehrende Theorie vgl. Hartmann a. a. O., Bekker a. a. O.

[57]) Für diese Annahme Knies a. a. O. 341, dem jetzt Goldschmidt in seiner Zeitschr. XIX p. 327, Windscheid § 256 Not. 30, Behrend p. 411, R.G. VI Nr. 33 p. 125 ff. beigetreten. Dagegen Bekker a. a. O., insbesondere weil sie viel zu unbestimmt (z. Z. des Währungswechsels lasse sich gar kein bestimmtes Werthverhältniss feststellen), und weil es für jenen Zeitpunkt eben an einem zum Werthmesser geeigneten Metall fehle. Auch Hartmann, Geldschulden p. 46 stimmt zu, dass Bekker die Unthunlichkeit überzeugend dargethan, dass das Kriterium an viel zu grosser Unbestimmtheit leide und zu heillosester Rechtsverwirrung führe. Behrend p. 411 erkennt zwar die Gewichtigkeit des Bekkerschen Einwands an, stellt ihm jedoch die Erwägung entgegen, dass die Werthrelation nicht in einem einzelnen Lande, sondern auf dem Weltmarkt sich gestalte.

[58]) So Windscheid § 255 Not. 30. Vgl. auch Dernburg § 32 bei Not. 4, „im Verhältniss des alten zum neuen Münzfuss“. Dagegen ist nach Eccius bei Not. 55 die Differenz zwischen dem Kurswerth am Entstehungs- und am Zahltage zu leisten. Historisch: Endemann, Studien II p. 217—223 u. Marperger p. 394.

[59]) R.O.H.G. XXIII p. 203 ff., XXIV p. 41 ff., R.G. I p. 23 ff., VI p. 125 ff., Keyssner a. a. O. A. M. ist Bekker a. a. O. Für die Anwendbarkeit des Rechts des Zahlungsortes auf die Schuldverbindlichkeit, auch bei Münzfussänderung, auch schon Voet; vgl. Behrend a. a. O. p. 409. Hartmann, Internat. Geldschulden hält die gesetzliche Währungsabrechnungsnorm sogar für generell maassgeblich bezüglich aller auf die betreffende Währung lautenden Verbindlichkeiten, gleichviel ob der Erfüllungsort im Inland oder sogar im Ausland gelegen.

[60]) R.G. v. 30. April 1874 u. R.Bankges. § 2. Kein Annahmezwang in Frankreich, Belgien (Massé 2124 ff., Laurent 559), Schweizer Obl.R. 98. „Der Gläubiger einer Geldforderung ist nicht verpflichtet, Banknoten oder Papiergeld anzunehmen.“ Ueber das entgegengesetzte Prinzip des Munzingerschen Entwurfs vgl. Schneider u. Fick Not. 1 zu Art. 98. Vgl überhaupt auch Gruchot p. 78 ff.

[61]) Goldschmidt § 104 Not. 22, § 107 Not. 23. Endemann p. 386, Kuntze p. 484, Hafner Not. 2 zu Art. 98 Schweizer Obl.R. Brinz Not. 17. Vgl. aber auch Dernburg § 32 Not. 7 und oben R. Koch § 190 Not. 51, sowie § 199 nach Not. 12 (Brunner). Eine österr. Entsch. v. 1874 (Busch XXXIV p. 338) nimmt Cessions- oder Anweisungsgeschäft an.

jenem Lande kontrahirten Schulden,[62]) Zahlung in der Papiergeldwährung im Zweifel als gewollt anzunehmen und der Gläubiger zur Annahme zum Nennwerth verpflichtet. Ist in solchem Lande Zahlung in Metallgeld stipulirt, so ist, insofern nicht exklusive Sortenschuld vorliegt, gleichwohl die Zahlung in Papier statthaft, aber freilich nur unter Ausgleichung der Differenz zwischen dem Kurse des Papier- und des Metallgeldes.[63])

Bleibt die geschuldete Geldsorte aus, so ist der Säumige in der Regel[64]) das nach allgemeinen Grundsätzen zu berechnende persönliche[65]) Interesse des Zahlungsberechtigten zu leisten verpflichtet.

5. Ueber Zahlungsort und Zahlungszeit ist schon an anderer Stelle gehandelt.[66])

6. Die Zahlung muss vollständig geschehen. Daher braucht der Gläubiger weder das ganze Kapital ohne die Zinsen,[67]) noch, vom Wechselrecht abgesehen,[68]) Theilzahlungen (Abschlags-, Stückzahlungen),[68a]) anzunehmen. Letzterer Grundsatz erleidet in Folge Theilurtheils[68b]) und für den Fall eine Ausnahme, dass der Schuldner die Richtigkeit eines Theils der Forderung bestreitet unter der Voraussetzung, dass die Annahme nicht gegen das nachweisbare Interesse des Gläubigers verstösst.[69]) Ein richterlicher Zwang, Ratenzahlungen anzunehmen, findet in Deutschland, von der Exekutionsinstanz abgesehen, nicht mehr

---

[62]) Ist dagegen von Ausländern im Auslande, und zwar in einem Lande ohne Papierwährung, Zahlung in der Währung jenes (Papierwährungs)-Landes stipulirt, so ist im Zweifel Metallwährung als gemeint zu betrachten. (R.O.H.G. VI p. 87 ff.) Vgl. überhaupt: Goldschmidt p. 108 Not. 80 ff.

[63]) R.O.H.G. a. a. O. Puchelt Not. 6 zu Art. 336 H.G.B. Vgl. noch Busch VI p. 49 u. Z. f. H.R. XIII p. 385.

[64]) Ueber die Ausnahme vgl. oben Not. 48.

[65]) „Gesetzlich fixirt ist der Schaden nur im Wechselrecht." Goldschmidt § 105 Not. 40. Vgl. unten IV p. 267. (Brachmann) u. Zeitschr. f. vgl. R.W. IV p. 96.

[66]) Von Regelsberger oben Bd. II, §§ 254 u. 255, auch § 269 Not. 30 (Gareis. Ueber alternativen Zahlungsort § 254 Not. 10 u. 11, vgl. jetzt noch Bekker p. 54. Behrend a. a. O. p. 405 ff., Zeitschr. f. H.R. XXVII p. 539 ff., R.G. V p. 261. — Vgl. überhaupt noch Gruchot p. 130—181, Massé 2140—2148, Pardessus 199, 200, Eccius Not. 39—45, Thöl § 248 Not. 20—24, Argent. H.G.B. 931, Brasil. 430—431.

[67]) Argentina H.G.B. 927 u. 943, Pardessus 207. Massé 2139, Gruchot p. 120, Brinz Not. 36, Schneider u. Fick, Kommentar zu Art. 78 u. 99 des Schweizer Obl.R.

[68]) Unten IV p. 247, Gruchot p. 117 ff., auch Z. f. vgl. R.W. IV p. 97.

[68a]) Oesterr. B.G.B. § 1415, „theilweise oder auf Abschlag". Sächs. B.G.B. § 695 „theilweise Erfüllung, Stückzahlung". Preuss. L.R. I 16 § 57 „bloss abschlägliche Zahlung". Ueber den Ausdruck a conto Zahlung vgl. Not. 88 ff.

[68b]) Wenn ein quantitativer Theil eines Anspruchs zur Entscheidung reif ist. § 273 R.Civ.Proz.O.

[69]) l. 21 D. XII 1. Vgl. dazu Goldschmidt Not. 29, Windscheid § 342 Not. 20, Gruchot p. 113 ff., Dernburg § 92 Not. 11. Badisches L.R. Zus. 1244a. Dass die gleiche Ausnahme aus Schweizer Obl.R. Art. 78 wirklich zu folgern, wie Schneider u. Fick wenn auch zögernd meinen, scheint nach dem Wortlaut des Artikels doch wohl nicht gerechtfertigt. — Vgl. noch Pöhls Not. 6.

statt.[70]) Keine Ausnahme von der Regel involvirt die Verpflichtung des Gläubigers, Zahlung einzelner von mehreren Forderungen, resp. einzelner von mehreren selbständigen Posten seines Guthabens anzunehmen.[70a]) Die Annahme von Theilzahlungen enthält an sich noch keine Stundung des Restes;[71]) sie wirkt als theilweise Erfüllung, auch gegenüber etwaigen Korreal- oder Solidarschuldnern.[72]) Macht der Gläubiger nur einen Theil seiner Forderung geltend, so ist der Schuldner im Zweifel befugt, die ganze geschuldete Summe zu zahlen.[73])

7. **Imputation.**[73a]) Der Zahler hat das Recht einseitig[74]) zu bestimmen, auf welche von seinen mehreren fälligen Geldschulden die Zahlung angerechnet werden soll;[75]) nur darf er nicht ohne Zustimmung des Gläubigers eine Theilzahlung oder eine Kapitalzahlung leisten wollen, ehe die fälligen Zinsen und Kosten getilgt sind.[76]) Abgesehen von dieser Besonderheit aber muss der

---

[70]) Eccius Not. 72. — Auch in der Schweiz beseitigt, vgl. Schneider u. Fick Not. 2 zu Art. 78. Dagegen sanktionirt durch Art. 927 a. E. des H.G.B. für Argentina, das auch hierin dem französ. Recht folgt; Massé 2138.

[70a]) Argent. H.G.B. 928, Brasil. 431 Z. 2, Pardessus 207, Brinz Not. 32 ff., Gruchot p. 118 ff. Ueber die Abweichung beim Kontokorrent vgl. oben p. 946 (Grünhut).

[71]) Dernburg bei Not. 12, Gruchot p. 124, Eccius Not. 70.

[72]) Anders jedoch, wenn nach Konkurseröffnung ein Mitverpflichteter des Kridars eine Zahlung macht, welche den nach Abzug der Konkursdividende verbleibenden Theil der Forderung nicht übersteigt; in diesem Fall ist die Konkursdividende von der ganzen angemeldeten Forderung zu berechnen. R.K.O. § 61, R.G. II p. 180 ff., Goldschmidt in s. Zeitschr. XIV p. 397 ff., 435, Wächter, Encykl. p. 601. Vgl. auch Ladenburg im Centralorgan N. F. III p. 465 ff. u. in Buschs Arch. XXXIV p. 233 ff. u. XXXVIII p. 185.

[73]) Gruchot p. 124 ff.

[73a]) Ueber veraltete handelsrechtliche Besonderheiten dieser Lehre vgl. Marquard II c. 14 Nr. 12—26 (Brinckmann Not. 2). Endemann, Stud. II p. 213, Marperger p. 407. Bei Berathung des deutschen H.G.B. wurde über die Imputation der Zahlung lebhaft gestritten, schliesslich aber die Aufnahme besonderer Bestimmungen abgelehnt (Protokolle II p. 416 ff.). Preuss. Entw. 220.

[74]) l. 1 D. 46, 3. Possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus. Dernburg § 95 Not. 2, Henrici, Jahrb. f. Dogm. XIV p. 428 ff., Struckmann, ebendas. XV p. 251 ff.; a. M. allerdings Windscheid § 343 Not. 2b. Einseitige Bestimmung auch nach sächs., franz., (C. c. 1253) englisch-amerikanischen (Smith p. 544 ff., Walker p. 126, Daniel p. 255) und nach dem Schweizer Obl.R. Art. 101; Oesterreich und Preussen lassen dagegen das ausdrückliche oder fingirte Uebereinkommen beider Theile entscheiden Dernburg Not. 6, Gruchot p. 221 ff. Letztere Fiktion sanktionirt ausdrücklich das H.G.B. von Argentin. 941 (hierin vom franz. Recht abweichend): „Die Anrechnung der Zahlung beruht auf Uebereinkunft, wenn sie im Moment der Zahlung vom Schuldner festgesetzt oder von dem Gläubiger in der Quittung, die er dem Schuldner gibt, vermerkt wird"; und doch gibt Art. 942 dem Schuldner das Recht zu erklären, welcher Schuld die Zahlung anzurechnen ist.

[75]) Die englische Rechtssprache bezeichnet die Anrechnung als appropriation of payment (Smith p. 544 ff., Walker p. 126 ff.) über die franz. Lehre der imputation de payment Pardessus 218, Massé 2171—2179, Laurent 600—631. Gemeinrechtliche Literaturangaben bei Gruchot p. 220 Note u. Windscheid § 343 Note; vgl. auch Voigtel in Buschs Arch. III p. 211—222.

[76]) Gruchot p. 222 ff., C. c. 1254, Massé 2172, sächs. G.B. § 977, schweiz. Obl.R.

Gläubiger das Geld zurückgeben oder sich der Bestimmung des Schuldners fügen.[77]) Die Bestimmung kann formlos erfolgen. Unterlässt der Zahler die Bestimmung zu treffen oder sich vorzubehalten, so geht das einseitige Bestimmungsrecht auf den Gläubiger über, der es bei oder doch sofort nach der Zahlung[78]) und, von der Pfandexekution abgesehen, im Sinne und Interesse des Schuldners, wie er selbst an dessen Stelle gehandelt haben würde, ausüben, insbesondere daher die Zahlung zunächst auf die durior causa anrechnen soll.[78a]) Hat weder der Gläubiger noch der Schuldner eine ausdrückliche oder aus den Umständen zu entnehmende Bestimmung getroffen,[79]) so wird die Zahlung eher auf die eigene Schuld des Zahlenden, als auf eine fremde[79a]) und zuerst auf die Zinsen angerechnet;[79b]) die fällige Forderung soll der noch nicht fälligen vorgehen;[80]) unter den fälligen die drückendere der minder drückenden,[81]) die eigene Schuld der fremden, eventuell die ältere der jüngeren; eventualissime soll das Geleistete auf die verschiedenen Forderungen vertheilt wer-

Art. 99; nach Art. 100 desselben Obl.R. darf der Zahler ohne Konsens des Gläubigers auch Theilzahlungen nicht auf den gesicherten oder besser gesicherten Theil von (nur theilweis) gesicherter Forderung anrechnen.

[77]) Struckmann p. 257. Württ. E. Mot. p. 285. A. M. Windscheid a. a. O.

[78]) Brinz Not. 42 für sofortige Erklärung in re praesenti, ehe das Zahlungsgeschäft zum Abschlusse gekommen, Struckmann p. 258. Dagegen schreibt Dernburg Not. 3 das Bestimmungsrecht dem Gläubiger auch noch jederzeit nach der Zahlung bis zur Klage zu; ebenso jetzt die englische Praxis. Byles p. 228, Smith p. 545. Vgl. auch Holzschuher p. 197, Gruchot p. 225 Not. 8 u. Württ. E. 330, Mot. p. 286.

[78a]) Brinz Not. 39—43, Voigtel p. 217 ff., Gruchot p. 224 ff.; bei letzterem auch der Nachweis, dass die Kodifikationen dem Gläubiger freie Hand lassen und dem Schuldner dafür ein Widerspruchsrecht einräumen. Nach französ. Recht (C. c. 1255) ist die einseitige Bestimmung des Gläubigers in der Quittung zu treffen (Massé 2173) und sie bewirkt gar nichts, wenn sie nicht vom Zahlenden z. B. durch Quittungsannahme genehmigt wurde. (Gruchot p. 228 Not. 14). Ebenso übereinstimmend Schweiz. Obl.R. 101, Argent. H.G.B. 945. Nach englischem Recht hat der Empfänger freie Hand (recipitur in modum recipientis) ohne Widerspruchsrecht des Zahlers. Smith p. 545. — Gegen das einseitige Bestimmungsrecht des Empfängers anscheinend Endemann Not. 8.

[79]) Ueber spätere Einigung vgl. Henrici p. 466 ff., aber auch Struckmann p. 263 ff. — Ueber die Verbindlichkeit eines Abkommens über Imputation künftiger Zahlungen Dritten gegenüber vgl. das Erk. des Ob.Ger. zu Hamburg v. 18. Mai 1877 in Buschs Arch. XXXVIII p. 311.

[79a]) Thöl, Ausgew. Entsch. p. 154 (Anzeigepflicht des zahlenden Mandatars; Ausnahme bei der Girozahlung).

[79b]) So auch in Argentina H.G.B. 943, Brasilien 433 Z. 5, England (Smith p. 545, Daniel p. 256) Preussen: erst Kosten, dann Zinsen.

[80]) Das Schweizer Obl.R. 101 a. E. bestimmt im Anschluss an das Freiburger Recht: Ist keine der mehreren Schulden verfallen, so wird die Zahlung auf diejenige angerechnet, welche dem Gläubiger am wenigsten Sicherheit darbietet, Schneider Not. 2. Auch in Amerika Daniel a. a. O. Not. 10.

[81]) Dagegen entscheidet in England die Priorität der Schuld sofort. Vgl. Walker p. 126, Smith p. 545; anders jedoch anscheinend in Amerika. Daniel p. 257 Not. 1. Das Schweizer Obl.R. 101 gibt anstatt dessen unter mehreren fälligen Forderungen der zuerst betriebenen den Vorzug. Auch Preussen bevorzugt die zuerst eingeforderte, insbes. gekündigte Forderung.

den.[82]) Zu den drückenden Schulden gehören ausser den hochverzinslichen und den durch Konventionalstrafe oder Pfand gesicherten auch die Wechsel- und die sonstigen im Urkundenprozess einklagbaren Schulden, dagegen keineswegs alle Handelsschulden.[83]). Eine Forderung, für welche ausser dem Zahler noch andere Personen haften, gilt für minder drückend, als diejenige, für die der Zahler allein haftet; daher ist die Zahlung eines offenen Handelsgesellschafters im Zweifel nicht auf die Gesellschafts-, sondern auf die persönliche Schuld desselben zu beziehen.[84])

Wer die Tilgung einer Schuld durch Zahlung behauptet, hat zu beweisen, dass er bei der Zahlung den Willen, durch dieselbe die eingeklagte Forderung zu tilgen, erklärt, oder dass doch dieser Wille sich aus den begleitenden Umständen ergeben habe. Behauptet in Ermangelung jenes Nachweises der Empfänger, die Zahlung auf eine andere Forderung erhalten zu haben, und wird vom Zahler das Vorhandensein einer Mehrheit von Forderungen in Abrede gestellt, so hat nicht der Zahlungsempfänger das Vorhandensein der zweiten Forderung zu beweisen, denn er leugnet nur motivirt die Zahlungseinrede; vielmehr hat, obwohl dies bestritten und gegen den Schuldner unter Umständen hart zu sein scheint, der Schuldner in diesem Falle zu beweisen, dass nur das Eine Schuldverhältniss zur Zahlungszeit bestanden habe.[85]) Auch die Beweislast, dass in Ermangelung der Bestimmung des Schuldners der Gläubiger die tilgende Bestimmung erklärte, oder dass eventuell die thatsächlichen Voraussetzungen des Eintritts der gesetzlichen Imputation vorliegen, trifft den Zahler.[86])

Die Imputationsregeln finden keine Anwendung, falls ein Kontokorrentvertrag besteht. Wird in diesem Falle verabredet, dass einzelne Kreditposten

[82]) Windscheid Not. 4—10, Endemann Not. 8, Römer in Z. XXIII p. 59, Gruchot p. 226 u. 227, Argentina H.G.B. 946, Brasilien 433. Vgl. aber auch Voigtel a. a. O. p. 218 und die dort Citirten. — Die Zinsen der jüngeren Schuld stehen dem Kapital der älteren Schuld nach. Casaregis disc. 50 Nr. 51 bei Massé 2177.

[83]) Anders mit Rücksicht auf die Personalexekution nach dem preuss. Entw. 220, dem Württ. E. 320 (Mot. p. 286) und früher in Frankreich; Pardessus 218, Massé 2175. Vgl. auch Bad. L.R. Zus. 1256a. Auch Argent. H.G.B. 946 rechnet die durch Pfand gesicherten Schulden zu denen, die der Schuldner zu bezahlen das grösste Interesse hat. Ebenso das R.O.H.G. XXII p. 66. Im Konkurs privilegirte Forderungen gehören nicht zu den duriores, ebendaselbst.

[84]) Massé 2176. Anders nach englischem und amerik. Recht, wenn die Zahlung mit dem Geld der Gesellschaft geschah. Smith p. 546, Daniel p. 257. Vgl. auch Zeitschr. f. H.R. I p. 164 ff. Ueber die Zahlung an einen Gesellschafter, der zugleich eine ihm nur persönlich zustehende Forderung an den Zahler hat, vgl. C. c. 1848. Gruchot p. 235 ff., R.O.H.G. XVIII p. 259 ff.

[85]) R.O.H.G. XII p. 91, XVIII p. 260, XIX p. 247 ff., Römer p. 45 ff., Dernburg § 96 Not. 1b, Seuffert, Archiv 39 Nr. 202 p. 288. A. M. besonders Voigtel a. a. O., Gruchot p. 230—235 und neuerdings R.G.Urt. v. 26. Mai 1884 bei Gruchot 38 p. 936, sowie Eccius nach Not. 90. Vgl. noch Daniel p. 256: If the debtor deny one of the debts, the creditor cannot apply payment to it in exclusion of one acknowledged."

[86]) Römer p. 57.

getilgt werden sollen, so bewirkt das die Ausscheidung der betreffenden Posten aus dem Kontokorrent.[87])

8. Unter der **Zahlung à Conto** wird gewöhnlich[88]) die solutorische Abschlagszahlung verstanden,[89]) mag dieselbe sich auf eine bestimmte Schuld oder nach den gesetzlichen Imputationsregeln auf eine Mehrheit von Schulden beziehen. Besteht dagegen zwischen den Parteien ein Kontokorrentvertrag, so bedeutet à Konto-Zahlung im Zweifel nicht solutorische, sondern obligatorische Zahlung; nicht ein einzelner Posten soll bezahlt oder durch Kompensation getilgt, sondern ein Aktivposten soll in der laufenden Rechnung gewonnen werden.[90]) Dem Zahler wird in gleicher Weise die Zahlung gutgeschrieben und verzinst, als ob er dem Empfänger das Geld vorschussweise gegeben hätte. Erst bei der periodischen Abrechnung hilft die à Konto-Zahlung als Theil der Kreditsumme die Debetsumme verringern und nur insofern führt sie, weil den zukünftigen Saldo kleiner machend, im Endresultate eine Liberirung des Zahlers herbei. Liegt zwischen den Parteien nur ein einfaches Kontokorrentverhältniss vor, so begründet die Zahlung à conto zwar nicht eine Zinspflicht bezüglich des empfangenen Geldes: sie wirkt aber doch wohl, wie bei dem eigentlichen Kontokorrentvertrage, im Zweifel nur bezüglich des Saldos, nicht bezüglich einzelner Posten solutorisch.[91])

9. Die Baarzahlung wird **perfekt** mit Darbietung und Annahme.[92]) Die Darbietung muss eine unmittelbare (reelle) sein. Die blosse Absendung des Geldes ist an sich im Zweifel keine genügende Darbietung, auch dann nicht, wenn die Uebersendung durch die Post erfolgte. Daher hat, sofern nicht etwa der Empfänger die Transportgefahr trägt,[92a]) der Zahler nicht nur die Einzahlung des Geldes an die Post resp. den Inhalt des Geldpackets zur Zeit der Absendung, sondern auch die Ablieferung an den Destinatär resp. den Inhalt des Packets zur Zeit der Ablieferung zu beweisen.[93]) Bis zur erfolgten Annahme kann der Zahler das Geld noch zurückziehen.[94])

---

[87]) Ebendas. Not. 3. v. Hahn § 2 zu Art. 291. Ueber England vgl. Walker p. 126; bei „banking account" ist „the presumption, that the sum first paid in is the sum first paid out." Byles p. 228. Vgl. noch Lyon-Caen p. 811.

[88]) Morstadt p. 32.

[89]) Ebendas. Thöl § 317 Not. 40, Mittermaier § 567 Not. 12.

[90]) R.O.H.G. XII p. 72, 73, Endemann § 124 Not. 9 u. § 144 Not. 9, Struckmann a. a. O. p. 263, Dernburg § 179 nach Not. 15, Gruchot p. 119, Seuffert VIII Nr. 59, Thöl § 317 a. E., Mittermaier a. a. O. Inkorrekt Morstadt a. a. O. „Schriftliche Kompensation meiner Forderung gegen seine Schuld in meinem Handlungsbuche".

[91]) Vgl. Grünhut oben § 439 Not. 2, Dernburg a. a. O. Ueberhaupt R.O.H.G. XII p. 72, 155, 288, XIV p. 70, XVI p. 307, XX p. 104. Vgl. auch noch Regelsberger oben § 251 nach Not. 32a.

[92]) Endemann § 124 Not. 22. Ueber die reelle Oblation vgl. Windscheid § 345 Not. 3; über die Formalitäten der französ. Offres réelles (Zuziehung eines Staatsbeamten) vgl. Massé 2181, Laurent XVIII Nr. 146 ff.

[92a]) Vgl. z. B. R.G. II p. 117 ff., Busch XX p. 181 ff. u. österr. Ob.G.H. E. vom 3. April 1884 in Geller's Centralbl. II p. 427.

[93]) R.O.H.G. XIII p. 46 ff., XVI p. 186, Zeitschr. f. H.R. XII p. 597 (A.G. Eisenach 1867). Vgl. auch oben § 254 nach Not. 32 (Regelsberger).

[94]) Anders nach englischer Praxis Chalmers, bills of exchange p. 180, Byles.

Die Annahme braucht nicht wörtlich erklärt zu werden; sie wird sehr oft aus konkludenten Handlungen, nicht selten, obgleich keineswegs stets, aus dem Schweigen des Empfängers zu folgern sein. Wer ein Geldpacket durch die Post empfängt und den Absender nicht sofort nach der Entdeckung, dass der deklarirte oder ihm sonst angezeigte angebliche Inhalt nicht darin vorhanden, in Kenntniss setzt, ist zwar nicht als bezahlt zu fingiren; immerhin aber dürfte die Präsumtion des Zahlungsempfangs gegen ihn begründet und ihm der Gegenbeweis des mangelhaften Inhalts aufzuerlegen sein.[95])

Ausser der objektiven Darbietung und Annahme bedarf es zur Perfektion auch der erklärten Willensübereinstimmung beider Theile; insbesondere muss der Empfänger vom Zahler in Kenntniss gesetzt werden, von wem[96]) und zu welchem Zweck[97]) ihm das Geld übereignet wird. Liegt ein wesentlicher Irrthum vor, so kommt keine Zahlung zu Stande; es ist daher mangels stattgehabter solutio auch die condictio indebiti nicht begründet.[98])

10. Ob durch vorbehaltlose[99]) Annahme **offen** hingegebenen Geldes der Empfänger auf nachträgliche Geltendmachung von Mängeln der Zahlung verzichtet, lässt sich nicht allgemein bestimmen.[100]) Immerhin dürfte für den Handel auch bezüglich der Zahlung die Paroemie „Augen für Geld" Geltung beanspruchen. Daher scheint im Zweifel, soweit kein dolus des Zahlers vorliegt, ein Quantitätsmangel (Manko) nicht nachträglich geltend gemacht werden

bills of exchange p. 233: „As soon as the money is laid down by the banker upon the counter, to be taken up by the receiver, the payment is complete"; der Zahltisch des Bankiers habe „the nature of a neutral table, provided for the use of both banker and customer." Der im Text ausgesprochenen Meinung steht auch nicht das H.G.B. bei Auffassung der Darbietung als Offerte (Endemann Not. 22) entgegen; denn unter Abwesenden ist ja die Offerte bis zum Eingang (des Geldes) bei dem Oblaten für nicht geschehen zu erachten; unter Gegenwärtigen aber kann der Anbietende vor Ablauf des in Art. 318 mit „sogleich" bezeichneten Zeitraums sein Anerbieten zurücknehmen (Keyssner Not. 2 zu Art. 318).

[95]) Der ob. österreichische G.H. hat dagegen durch Erk. v. 1875 u. 1889 angenommen, dass die Einlieferung eines Briefes mit erwiesenem Geldinhalt an die k. k. Post in Verbindung mit dem Umstande, dass der Adressat den Geldbrief unbeanstandet angenommen, für den Aufgeber den vollen und durch Gegenbeweis nicht zu widerlegenden Beweis der Zahlung liefere. Keyssner Not. 3 zu Art. 325 u. oben Not. 92a).

[96]) Vgl. den Fall R.O.H.G. XXIV p. 66 ff.

[97]) Gegen die Berücksichtigung des Zwecks resp. der Absicht des Zahlenden polemisirt Ladenburg a. a. O. Vgl. aber, ausser den von ihm selbst und den Not. 79a) u. 96 citirten Erkenntnissen auch R.O.H.G. XXV p. 132 ff. u. Seuffert, Arch. 39 p. 288.

[98]) Wohl aber unter Umständen die condictio sine causa. R.O.H.G. XXV p. 133. Vgl. auch Endemann bei Not. 26. — Ueber Rückforderung irrthümlich gezahlten Geldes nach engl.-amerik. Recht vgl. Byles p. 232, 256, 336, Daniel II p. 235, 249, 342 ff., 603, 610. Ueber die condictio indebiti, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, vgl. auch Pardessus 217, Massé 2633–2642, R.G. I p. 198 ff. (franz. Recht) u. Schweiz. Obl.R. 72.

[99]) Vgl. oben § 444 Not. 29 über die Formlosigkeit des Vorbehalts.

[100]) Endemann bei Not. 23, Goldschmidt § 102 Not. 16, R. Koch in Buschs Arch. XXIX p. 347 ff.

zu können;[101]) ebenso sind ausländische[102]) und ausser Kurs gesetzte Münzen, sowie andere, als die geschuldeten Münzsorten mit der vorbehaltlosen Annahme als ein für allemal gebilligt anzusehen;[103]) denn diese Mängel sind bei der offenen Uebergabe ohne Weiteres wahrzunehmen. Dagegen dürfte der Umtausch unechter[104]) oder zu stark abgenutzter Münzen berechtigt sein, da man ein sofortiges genaues Prüfen und Nachwägen nicht jedem Geldempfänger zumuthen kann. Der Beweis liegt natürlich dem Empfänger ob. — Erfolgt dagegen die Zahlung[105]) **verschlossen**, d. h. in versiegelten oder zugeklebten Rollen, Düten, Beuteln oder Packeten mit Angabe des Geldbetrages und (zuweilen auch) des Gewichts, so hat der Zahler in der Regel die Pflicht, bei prompter Reklamation ein nachweisbares Manko zu ersetzen resp. den Ausschuss umzutauschen.[106]) Die Beweislast bez. des Manko trifft hier den Zahler, falls unter Vorbehalt angenommen resp. unter Garantieversprechen gezahlt worden; andernfalls den Empfänger. Die Ersatzpflicht fällt ausnahmsweise ganz fort, wenn ausdrücklich oder nach den Umständen darauf verzichtet ist. Dies ist namentlich dann anzunehmen, wenn die Rolle die Aufschrift „bei Empfang zu zählen" oder eine ähnliche Klausel über Nichthaftung für den Inhalt enthält, es sei denn, dass der Zahlende dolos gehandelt.

Partikulär[107]) steht, wenn die Rolle, wie oft genug, durch eine Reihe von Händen gegangen, dem Bezahlten ein Anspruch gegen den ersten Ausgeber (Emittenten) der Rolle zu, sofern dieselbe mit seiner Namensunterschrift aus-

---

101) Endemann Not. 23. Vgl. übrigens l. 50 u. 61 D. 46, 3. Gaudlitz (Not. 106) p 9.

102) R. Koch a. a. O.

103) Vgl. Walker p. 76 ff.: „Where the banker makes in good faith a payment in base coin, and the coin it accepted without demur, no question, it would appear, as to its goodness can afterwards be raised by the payee, unless the coin can be traced, as where paid in a bag or marked for the purpose of being distinguished. and discovered within a reasonable time to be bad." Daniel II p. 254. „If the debtor tenders a depreciated currency or any other currency than gold . . . He (the creditor) must refuse the tender or accept it; and if he accepts it without special agreement, he will be considered to have taken it as offered in full satisfaction."

104) R. Koch a. a. O. Vgl. auch (bez. falscher Banknoten) Walker p. 77: „if they turn out forged, an action will lie to recover the money paid for them."

105) Dass es Zahlung und nicht datio in solutum, Koch in Buschs Arch. XXIX p. 346; a. M. ist Endemann Not. 34.

106) Koch a. a. O. Preuss. Ges. Revis. XIV p. 104 (bez. des Manko) bei Gruchot p. 111. Vgl. aber auch Walker in der Not. 103 citirten Stelle (as where paid in a bag). Vgl. überhaupt noch Gaudlitz, nonnullae meditationes de voluminibus et saccis pecunia impletis (Geldpakete und Geldsäcke) Lips. 1834. v. Langenn u. Kori, Erört. prakt. Rechtsfragen 2. Ed. II p. 52 ff. (Th. III Nr. 4), Kritz, Rechtsfälle I p. 97, Hartitzsch, Entsch. Nr. 200, Holzschuher III p. 198—200, Württ. E. 313b u. c. u. Mot. p. 276 ff. (zweitägige Reklamationsfrist; Präsumtion für Manko und Ausschuss!)

107) Sächs. B.G.B. § 987. Goldschmidt § 102 Not. 16 bezeichnet die Bestimmung als „zweckmässig"; vgl. dagegen R. Koch p. 352. Praktische Anwendung wird dieselbe wohl nur dann finden, wenn der unmittelbare Auktor des Rollenempfängers insolvent ist (Siebenhaar, Lehrb. § 332 Not. 4). Die Württ. Motive p. 278 räumen ein, dass die von dem Entw. 313b konstituirte Haftpflicht des Emittenten „gegen die Sitte auf grösseren Handelsplätzen, namentlich in Frankfurt und Augsburg". Gaudlitz p. 18

gegeben. Gemeinrechtlich scheint ein solcher selbständiger Anspruch nicht zuzubilligen.[108])

Die vorbehaltlose solutorische Zahlung tilgt, soweit sie reicht, die Forderung und entzieht zugleich dem Zahler die etwaigen, ihm bei der Zahlung bekannten Einreden. Eine unter ungerechtfertigtem Vorbehalt offerirte Zahlung braucht der Gläubiger nicht anzunehmen.[109])

11. Eine Annahmepflicht besteht nur bezüglich der solutorischen Zahlung,[110]) ordnungsmässige Darbietung vorausgesetzt. Nicht geschuldetes Geld kann zurückgewiesen werden, daher auch eine die Schuld übersteigende Mehrzahlung. Darf um des Mehrbetrages willen die Annahme der Zahlung überhaupt abgelehnt werden? Es scheint dies zu bejahen, wenn Mehrzahlung und Schuldzahlung untrennbar (in **einem** Münzstück, **einem** Papier) verbunden sind; denn obwohl das grössere Geldstück rechnungsmässig den Minderbetrag sicher in sich schliesst, so ist es doch immerhin rechtlich ein aliud; auch müsste man andernfalls dem Empfänger die Tragung der Gefahr bezüglich des nicht begehrten Ueberschusses aufbürden resp., was gewiss zu verneinen, ihm die Pflicht, das Geldstück in kleinere Münze umzuwechseln, auferlegen. Dies Recht zur Ablehnung der Zahlung besteht dagegen bei Verzicht des Zahlers auf Herausgabe des Ueberschusses wohl nicht.[111])

12. Der Zahlungsempfänger ist zur Ausstellung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses, der **Quittung,**[111a]) verpflichtet. Die Zahlung kann bei Verweigerung der Quittung zurückbehalten werden. Diese Verpflichtung des Empfängers ist nicht auf den Grosshandel beschränkt, obgleich allerdings die Quittungsleistung im Kleinhandel bei sofortigen Baarzahlungen nicht gerade üblich und partikularrechtlich sogar ausgeschlossen ist.[112]) Diese Pflicht geht sogar über die solutorische Zahlung hinaus; nur pflegt bei der obligatorischen Zahlung die

---

gewährt bei unverletztem Siegel den Regress sogar gegen alle Vorbesitzer: „Licet igitur possessori voluminis vel sacci pecunia impleti tam ex natura rei quam ex analogia juris cambialis (!), ad omnes priores possessores nec non ad eorum confectorem regredi.“ Nach Leipziger Brauch erlosch der Anspruch nach 5 Jahren. Gaudlitz p. 30.

[108]) A. M. Pagenstecher, Pandektenpraktik. p. 419, Hartitzsch und die frühere sächsische Praxis Gruchot p. 108 ff., vgl. aber Holzschuher p. 198 ff., Kritz, Kori, (ebendas.) und besonders R. Koch p. 351. Nach Brinz Not. 23 kann die Klage gegen den Emittenten „nicht wohl eine andere als die stillschweigend cedirte des ersten Empfängers sein“.

[109]) Dernburg § 92 Not. 13—18, § 290 Not. 1—6, Eccius Not. 78—80.

[110]) Endemann nach Not. 22. Ueber die mora accipiendi vgl. oben § 275 Not. 3 (Gareis) u. § 253 Not. 18 ff. (Regelsberger).

[111]) So anscheinend auch das englische Recht: The tender of a larger sum than due is legal; but a tender of a larger sum requiring change is not so. (Smith p. 536).

[111a]) Marperger p. 430 ff.

[112]) Sächs. B.G.B. § 983, Schmidt p. 137, 405, Rudloff im A. f. d. c. Prax. 45 p. 170 (bei Gruchot p. 188 Not. 11). — Bähr, Urtheile des Reichsgerichts p. 33 ff. beschränkt die Quittungspflicht auf diejenigen Zahlungen, bei welcher der Zahlende die Gefahr der Beweisführung zu übernehmen hat: diese übernimmt er aber stets, auch bei jenen Baarkäufen des täglichen Lebens, die Bähr als Austausch von Leistung gegen Leistung auffassen will.

Zahlungsbescheinigung an Bedeutung hinter dem sich anschliessenden Rückzahlungsversprechen zurückzutreten.[113])

Die Quittungspflicht beruht nicht sowohl auf positiven Bestimmungen der römischen Rechtsquellen,[114]) als vielmehr auf einem allgemeinen Gewohnheitsrecht,[115]) das in einer Reihe moderner Handels-[116]) und Civilgesetzbücher[117]) ausdrückliche Anerkennung gefunden hat.

Bei der solutorischen Zahlung hat der Zahler auch ein Recht auf Auslieferung oder Entkräftung der etwa vorhandenen Schuldurkunden.[118]) War die Geltendmachung der Forderung an den Besitz der Urkunde geknüpft, so kann der Zahler überdies verlangen, dass der Quittungsvermerk auf diese Urkunde selbst gesetzt werde.[119])

Der Zahler kann verlangen, dass die Quittung die Unterschrift des Empfängers, den Betrag, Zeit und Ort der Zahlung, den Namen des Zahlers, die Bezeichnung des Zahlungsgrundes und die Angabe der Zahlungsmittel enthalte.[119a]) Wirklich essentiell ist aber der Quittung bis auf die Unterschrift des Empfän-

---

[113]) Ueber den Schuldschein vgl. oben II § 251, auch III § 427 Not. 153 ff.

[114]) A. M. anscheinend Windscheid § 344 Not. 8; nur für gewisse Fälle erachte die Quittungspflicht als quellenmässig Rudloff a. a. O.

[115]) Bähr a. a. O., Dernburg § 96 Not. 5. Vgl. auch schon Marperger p. 43: „deswegen darff niemand eher zahlen als bis die Quittung gemacht ist."

[116]) Brasil. 434 (bis zu dreifacher Ausfertigung); Württemb. Entw. 314; anscheinend auch Argentina 933 u. wohl auch Portugal 880 ff. Für das englische Handelsrecht bejaht die Quittungspflicht Smith 547; nach common law sei sie allerdings zweifelhaft gewesen, doch in 33 u. 34 Vict. c. 97 s. 123 wohl als bestehend vorausgesetzt. Ueber die wechselrechtliche Quittungspflicht vgl. unten IV p. 263 ff., auch Z. f. vgl. R.W. IV p. 9.

[117]) Cod. Max. Bav. IV 14 § 11, preuss. A. L.R. I 16 § 86 u. § 101, schweiz. Obl.R. 102, österr. B.G.B. § 1426 („in allen Fällen"), sächs. B.G.B. § 983 (mit Ausschluss des Kleinhandels vgl. Not. 112). „In der franz. Praxis wird das Recht auf Quittung aus dem Satz hergeleitet, dass Verträge zu allem verpflichten, was billig und herkömmlich ist." So Eccius s. v. Quittung in v. Holtzendorffs Rechtslex. Vgl. auch Pardessus 210, Dresdener Entw. 336, Gruchot p. 188 ff., Brunner oben II p. 155. — In historischer Beziehung vgl. noch Ermann, Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte 1882. Franken, Gesch. des franz. Pfandr. I p. 251 ff., Brunner in Zeitschr. f. H.R. XXII p. 82, v. Amira p. 487, auch p. 299, 311 Not. 4 u. 340.

[118]) Vgl. oben II p. 155 (Brunner), Marperger p. 433, Gruchot p. 204 ff., Dernburg § 96 Not. 11 ff., Eccius § 91 Not. 122 ff., preuss. L.R. § 125 ff., österr. B.G.B. § 1428, sächs. B.G.B. § 981, schweiz. Obl.R. 102 u. 105, württemb. Entw. Motive p. 280, histor. vgl. auch Zeitschr. f. H.R. XXII p. 39. (Gerichtliche Kassirung des bezahlten Schuldbriefs bei dessen Rückgabe in Brügge, 1467.)

[119]) Württemb. Entw. Art. 314 Abs. 2, Motive p. 281: „Dieser Satz ist längst Handelsgebrauch und soll gegen Missbräuche der Urkunde schützen." Pardessus 210 (bez. der indossablen Papiere). Züricher B.G.B. § 1045. Vgl. noch unten IV p. 264 u. Schneider u. Fick Not. 3 zu Art. 102 des schweiz. Obl.R.

[119a]) Der württemb. Entw. 314 fordert nur Zeit, Ort und Grund der Zahlung; das preuss. A. L.R. § 87 und das österr. B.G.B. § 1426 ausserdem noch Nennung des Schuldners und Unterschrift des Empfängers.

gers keine dieser Angaben;[120]) übrigens stehen Zahlungsvermerke, die sich auf der im Besitz des Zahlungsempfängers gebliebenen Schuldurkunde befinden, auch ohne Unterschrift des Empfängers den Quittungen ganz gleich.[121]) Ueberhaupt ist, falls auf einer Schuldurkunde oder unter einer Rechnung ohne weiteren Zusatz quittirt worden, der Inhalt der Quittung aus dem Inhalt jener Urkunde zu ergänzen.[122])

Die Beweiskraft der Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht mehr gebunden;[123]) sie ist aber auch jederzeit durch jede Art des Gegenbeweises entkräftbar.[124]) Der Präsentant der Quittung braucht nicht nachzuweisen, dass sie ihm von dem Zahlungsempfänger ausgehändigt worden.[125]) Als Gegenbeweis genügt nicht der Nachweis, dass die Quittung in Erwartung der Zahlung ausgestellt worden, und dass weder vor, noch bei Aushändigung derselben Zahlung geleistet worden; es ist vielmehr zur Entkräftung der Quittung darzuthun, dass die Schuld noch immer unbezahlt sei.[126])

Dass die Quittung nicht nur Beweismittel, sondern stets auch Ausdruck eines Verfügungsakts, ist bereits an anderer Stelle ausgesprochen.[127])

---

[120]) Gegen die Nothwendigkeit der Angabe der Zeit vgl. Seuffert XVI Nr. 151, des Orts Busch VII p. 338, der Zahlungsmittel ebendas. Nr. 159, des Schuldgrunds Cod. Max. Bav. IV, 14 § 2, R. Koch in Zeitschr. f. H.R. X p. 448. Vgl. überhaupt Gruchot p. 189 ff. u. Fick Not. 3 zu Art. 102, Marperger p. 431 verlangt für Spezialquittungen die Bezeichnung der Schuld und die eigentliche „Lossprechung".

[121]) Württemb. Entw. 315. Preuss. L.R. § 110, Mevius V, 398 bei Gruchot p. 190. Auch nach franz. Recht, doch darf der Vermerk nicht wieder durchstrichen sein. Vgl. C. F. Koch II p. 641 Not. 3.

[122]) Württemb. Entw. Motive p. 280, preuss. L.R. § 89. So auch die gemeinrechtliche Praxis. Gruchot p. 189 Not. 19.

[123]) H.G.B. Art. 295. — E. G. zur Civ.Proz.O. § 17 Abs. 1. — Der Württemb. Entw. 316 schloss auch den Gegenbeweis durch Eideszuschiebung aus. Vgl. überhaupt Motive p. 281 ff.

[124]) Puchelt Not. 3 zu Art. 295, Dernburg § 96 Not. 14, Eccius Not. 100 ff. Vgl. auch oben § 427 Not. 155.

[125]) Gruchot p. 200 ff. u. der dort citirte Arndts. Manche Gesetze, Entwürfe und Schriftsteller messen freilich erst der ausgehändigten Quittung Beweiskraft zu; vgl. die Citate bei Gruchot p. 199 ff., sowie württemb. Entw. 316.

[126]) Vgl. Gruchot p. 202 und die dort Not. 37 citirte treffende Bemerkung Bluntschlis: „Die Erfahrung lehrt, dass der Gläubiger, der die Quittung vorläufig geschickt hat, wenn nur der Schuldner nachher wirklich zahlt, keine neue Quittung zu schreiben pflegt, sondern beiderseits angenommen wird, die vorhandene Quittung sei nun auch in voller Kraft."

[127]) Oben II § 251 Not. 23 (Regelsberger); derselben Ansicht auch Brinz § 291 Not. 8 u. 9, Endemann § 97 Not. 31 u. § 124 Not. 37. Vgl. Gruchot p. 184 Not. 6, sowie überhaupt noch Eccius Not. 105 ff., Dernburg Not. 15 ff., R.O.H.G. XIV p. 338, Windscheid § 357 Not. 10—14, R. Koch in Zeitschr. f. H.R. X p. 448 ff., besonders Not. 46, Schauberg in Zeitschr. f. H.R. XI p. 281 u. 282; nach altschwedischem Recht ist der Quittungsbrief Entlasserklärung. v. Amira p. 487 ff. — Auch Marperger p. 430 lehrt bereits, wenn einer quittirt, als wenn er die Schuld empfangen oder von dem andern nichts mehr zu fordern hätte, so ist die Acceptilation richtig, und der Schuldner von der Schuld quitt und ledig.

Zur Ausstellung einer Generalquittung ist der Zahlungsempfänger auch im Handelsverkehr im Zweifel nicht verpflichtet.[128]) Durch Ausstellung einer Generalquittung geht der Quittirende der Geltendmachung der vor der Zahlung fällig gewesenen bekannten Forderungen verlustig,[129]) nicht aber, und dies dürfte, obwohl bestritten, auch für den kaufmännischen Verkehr gelten,[130]) der Geltendmachung der zur Zeit der Zahlung unverfallenen oder unbekannten Forderungen, es sei denn, dass die Quittung ausdrücklich auch auf die letzteren mitgerichtet worden.[131]) Jedenfalls behält er die Einrede absichtlicher Täuschung.[132]) Einer Generalquittung ist es im Zweifel gleich zu erachten, wenn bei einem mit periodischer Abrechnung verbundenen Geschäftsverkehr vorbehaltlos resp. mit der Bemerkung „Rechnungsschluss", „Rest der grösseren Summe" oder einem gleichbedeutenden Ausdruck quittirt worden.[133]) Gegen die Quittung über ein spezialisirtes Rechnungsguthaben, insbesondere aus einer Verwaltung oder Kommission, steht dem Quittirenden ausser dem Nachweis der Gefährdung auch

---

[128]) Anders bezüglich der Handelsleute der württemb. Entw. 317 und bezüglich der zur Buchführung verpflichteten) Vollkaufleute das preuss. L.R. I 16 § 120 ff. Letztere Bestimmung ist indess durch Art. 60 Nr. 3 des preuss. Einf.Ges. zum H.G.B. für beseitigt zu erachten Eccius Not. 113, anscheinend auch Rehbein u. Reincke Not. 68 zu § 121 cit. a. M. dagegen Dernburg Not. 8 (vgl. auch Not. 3), sowie anscheinend auch Koch Kommentar zu § 120 cit., sowie Gruchot p. 218, der die Vorschrift des § 120 im Hinblick auf § 147 eine müssige nennt.

[129]) Die Beschränkungen des preuss. L.R. § 116, dass Generalquittungen nur dann wirksam seien, wenn sie sich auf eine gehaltene Abrechnung bezögen, ist antiquirt Dernburg Not. 3, wohl auch Eccius Not. 113, vgl. übrigens auch a. a. O. Not. 1[?] u. R.O.H.G. XXI p. 399.

[130]) Das Gegentheil behauptet Holzschuher III p. 203 zu 14; der von ihm citirte Leyser, Sp. 530 med. 3 beweist das keineswegs; der daneben noch laudirte C. F. Koch II p. 643 bezieht sich im Wesentlichen nur auf das preuss. L.R. § 120—123, in dessen antiquirten Sätzen (vgl. Not. 128) man allerdings seiner Ansicht nach die Meinungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller wieder finde. Als solche citirt er Not. 11 ausser Leyser nur Stryk, disp. Hal. I, disp. 22, c. 6 No. 28 u. Engau, dec. P. 2 dec. 159. — Gegen die Ausdehnung der Generalquittung „auf diejenigen Schulden, daran die Parteien nicht gedacht", auch schon Marperger p. 431. Nach dem Portug. H.G.B. 880 umfasst die vorbehaltlose u. „en termos geraes" abgefasste Quittung allerdings alle und jede früher entstandene Schuld, selbst die unbekannte (mesmo-ignorada); vgl. dazu und zum Theil dagegen Sampajo II p. 290. Aehnlich der württemb. Entw. 317 bez. der allgemeinen Quittung der Handelsleute: sie können dann keine Nachforderung wegen älterer Handelsposten machen, „selbst nicht unter dem Vorwande, dass dieselben nicht zahlbar oder unbekannt gewesen seien".

[131]) Vgl. preuss. L.R. § 118 ff., Eccius Not. 109.

[132]) R.O.H.G. XXIV p. 197, Dernburg a. a. O., Marperger a. a. O. — Vergleichskarakter kommt der Generalquittung manchmal, doch nicht praesumtiv zu.

[133]) Argent. 934, Brasil. 434. Vgl. auch preuss. L.R. I 16 § 147 u. 148 (dazu Gruchot p. 217, 218, Dernburg § 97 Not. 14, Koch § 156 Not. 54, Eccius Not. 117 ff.). Das österr. B.G.B. § 1430 u. der württemb. Entw. 318 bestimmen dies bez. der Handels- u. Gewerbsleute. Thöl, Entscheidungsgründe p. 119: Ist per saldo (ohne Vorbehalt) quittirt, so liegt darin das Bekenntniss, alles Rückständige empfangen und weiter keine Forderung zu haben.

derjenige eines Irrthums, einer Auslassung zu, selbst wenn eine spezielle Verwahrung, wie die übliche Klausel „s. e. et o.“ nicht beigesetzt worden.[134])

Eine Vermuthung[135]) der solutorischen Zahlung ergibt sich aus der Rückgabe der Schuldurkunde Seitens des Gläubigers,[136]) sowie aus der Kassation der in seinem Besitz gebliebenen Schuldurkunde.[137]) Die vorbehaltlose Quittung über Zinsen oder andere periodische Leistungen bezüglich dreier Termine begründet die Vermuthung, dass auch die früher fällig gewordenen Raten gezahlt sind;[138]) dagegen bewirkt bei nicht in terminlichen Zahlungen bestehenden Verbindlichkeiten die Quittung über eine jüngere Schuld der Regel nach keine Vermuthung der Bezahlung der älteren;[139]) auch folgt aus der vorbehaltlosen Quittung über die Zahlung der Kapitalschuld noch keine Rechtsvermuthung, wenn auch eine praesumptio hominis für die Bezahlung der Zinsschuld.[140])

[134]) Württemb. Entw. 319, Motive p. 284 ff., Portugal 883 (dolo, fraude ou erro). Argentina 935, Brasil. 435. Vgl. auch oben II p. 493 ff. (Regelsberger) u. III § 437 Not. 18 ff., 21 ff. (Grünhut), sowie Sampajo II p. 289, 291 ff.

[135]) Die Lehre von den Rechtsvermuthungen bezüglich der Zahlung ist ausführlich bei Gruchot § 12 behandelt; die dort gewählte Ueberschrift „Surrogate der Quittung“ ist nicht empfehlenswerth; eine kassirte Quittung z. B. ist doch sicher kein Surrogat der Quittung.

[136]) Gruchot p. 207 ff. Die übereinstimmenden Partikulargesetze Bayerns IV 14, § 13, Preussens § 98, Oesterreichs § 1428, Sachsens § 982; ebenso der C. c. 1283, bezüglich der Rückgabe einer öffentlichen Urkunde; die Rückgabe der blossen Privaturkunde gilt dagegen nach C. c. 1282 ohne Gestattung des Gegenbeweises als Erlass. Massé 2227. Vgl. noch Dernburg § 97 Not. 1 ff., Eccius Not. 121 ff, Koch p. 648 ff. Schweizer Obl.R. 104, Holzschuher III p. 201.

[137]) Gruchot p. 211 ff., Cod. Max. Bav. IV 14 § 13, Preussen § 102 ff., Oesterreich, Sachsen und der Code stellen diese Vermuthung nicht auf. Vgl. auch Eccius Not. 126 ff., Dernburg Not. 6, Holzschuher p. 202, Koch p. 654 ff.

[138]) Koch p. 655 ff., Windscheid § 344 Not. 7, Holzschuher III p. 82, Gruchot p. 214 ff., 3 Quittungen fordern auch der Cod. Max. Bav. IV 14 § 13, sächs. B.G.B. § 985, bad. L.R. 1248 a; nur 2 fordern das preuss. A. L.R. § 133 und der bayerische, sowie der hessische Entwurf; mit einer Quittung sogar begnügt sich das österr. B.G.B. § 1429, das Züricher B.G.B. § 1048 und ihm folgend das schweiz. Obl.R. 103. Das preuss. L.R. § 842 I 11 hat ausnahmsweise bei Darlehnszinsen aus der Quittung über den letzten Zinstermin die Rechtsvermuthung für die Berichtigung der vorhergehenden Termine hergeleitet. Vgl. noch Gruchot a. a. O. p. 218 u. Glossen in seinen Beiträgen XIII p. 275 ff., Dernburg II § 35 Not. 12 ff. u. § 97 Not. 7 ff., Eccius Not. 114 ff.

[139]) Preuss. L.R. § 146 I 16, Dernburg § 97 Not. 13; über die Ausnahme vgl. oben Not. 133.

[140]) Gruchot XIII p. 278 ff., aber auch daselbst Not. 3 Rot. Gen. decis. 86 No. 3: „Recipiens sortem absque protestatione remittit interesse“. Massé 2228. Diese Rechtsvermuthung ist dagegen in vielen Partikularrechten aufgestellt: Oesterreich § 1427, Sachsen § 986 (Schmidt p. 406), C. c. 1908, Zürich § 1048, schweiz. Obl.R. 103 Abs. 2 sowie für das Darlehen im preuss. A. L.R. I 11 § 843; bezüglich des letzteren herrscht Streit, ob es eine Rechtsvermuthung oder gar eine unwiderlegbare Rechtsfiktion aufstellt; für letztere Annahme Eccius, Koch und zuletzt das preuss. Obertribunal, dagegen Dernburg § 35 Not. 14, unentschieden R.O.H.G. XX p. 71.

Die Zahlung kann nach deutschem Recht selbstverständlich auch abgesehen von der Quittung durch jedwedes Beweismittel erwiesen werden.[141])

13. Die Kosten der Zahlung und insbesondere der Quittung treffen im Zweifel den Zahler,[142]) den Empfänger nur ausnahmsweise, insofern sein Interesse an dem zugrunde liegenden Geschäft dasjenige des Zahlers überwiegt[143]), oder seine persönlichen Eigenschaften die Kosten veranlassen. Daher fallen dem Empfänger, der Analphabet, die Beglaubigungskosten zur Last;[144]) auch hat er bei zweifelhafter Legitimation die Kosten der Feststellung derselben zu tragen.[145])

Der Werth der etwa überlassenen Geldverpackung (Fässer, Beutel) ist vom Empfänger zu ersetzen. Zur Ueberlassung dieser Verpackung ist der Zahler nur partikularrechtlich verpflichtet.[146])

B. Zahlungssurrogate.

§ 446.

1. Kompensation.[1])

1. Die Kompensation ist die Aufhebung eines Forderungsrechts durch eine Gegenforderung des Schuldners gegen den Gläubiger.

---

[141]) Eigenthümlich ist die Bestimmung des Portug. H.G.B. 878, dass Zahlung einer erheblichen Summe nicht präsumirt, d. h. nach Jorio für unwahrscheinlich erachtet wird, wenn der angebliche Zahler, der sie in Bezug auf sein trafico mercantil geleistet haben will, Quittung nicht präsentiren kann; vgl. dazu Sampajo II p. 22. Uebrigens gilt es nach Art. 875, 876 doch auch ohne Quittung als Zahlung, wenn dem Schuldner in den Büchern des Gläubigers oder im Kontokorrent Summen oder Posten zugeschrieben sind. Vgl. Motive des württemb. Entw. p. 284 u. Brasil. 432.

[142]) Das ist freilich höchst streitig. Vgl. überhaupt Gruchot, Zahlung p. 192—196 und in seinen Beiträgen XII p. 48—50, sowie Böhme ebendas. p. 42—47. Für die Verpflichtung des Empfängers besonders Koch § 156 Not. 16—22, Gruchot a. a. O.; vgl. aber Seuffert I Nr. 390, Pardessus 210, Massé 2149, C. c. 1248, Argentina 933, Dernburg § 96 Not. 9, bayrischer Entwurf 171 (bei Gruchot p. 193).

[143]) Z. B. bei Zahlungen des Mandatars an den Mandanten, des Depositars an den Deponenten, des Vormunds an den Mündel, des Schenkers an den Beschenkten. Vgl. Dernburg a. a. O., Eccius Not. 98, Arnds in der K.V.J.S. V p. 327.

[144]) Argent. 933 Abs. 2, Lang (bei Gruchot p. 193). Toullier (ebendas. p. 194 Not. 25), sächs. B.G.B. § 984.

[145]) Dernburg Not. 10.

[146]) In Frankreich durch Dekret v. 1. Juli 1809; das Entgelt (passe des sacs) ist gesetzlich festgestellt (15 cts. par sac); der Empfänger braucht die Emballage nicht anzurechnen. Vgl. überhaupt Massé 2150, Pardessus a. a. O., Goldschmidt § 102 Not. 16. — Ueber Anfechtung des Zahlungsgeschäfts vgl. Endemann Not. 38 u. 39. G. Riesser im Neuen Archiv f. H.R. 1859, II p. 1—40 (Anfechtung geleisteter Zahlungen im Konkurse, bes. nach englischem Recht), sowie jetzt Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger p. 114 ff., 130, 149, 170 ff., 338 ff. u. passim.

[1]) Literatur: Dernburg, Gesch. u. Theor. der Komp. 2. Aufl. 1868. — Eisele. Die Komp. nach röm. u. gem. R. 1876. — Pöhls p. 294, Gad p. 109—114, Thöl

2. An einer allseitig anerkannten deutschen Bezeichnung fehlt es noch immer. Das deutsche H.G.B. braucht bald den römischen Ausdruck,[2]) den auch die Kodifikationen Preussens, Oesterreichs und Zürichs beibehalten haben, bald das Wort **Aufrechnung**, das von den meisten Schriftstellern, dem Sächs. B.G.B. und auch von der Reichskonkursordnung und der zweiten Aktiennovelle adoptirt ist.[3]) Andere Gesetze und Rechtslehrer bedienen sich der Ausdrücke Wettschlagung,[4]) Abschlag,[4a]) Verrechnung,[5]) Anrechnung[6]) auch wohl Gegenrechnung, Berechnung, Abrechnung[7]) oder Ausgleichung;[8]) dagegen haben sich Vergleichung[9]) und Abzug,[10]) sowie die wörtliche Uebersetzung „Aufwägung" keinen Eingang verschafft.[11]) In den romanischen Ländern ist der lateinische

---

§ 316 I, § 317 Not. 5 u. 6, Brinckmann § 136 III, Endemann § 125 II. — Pardessus 225—236, Massé 2237—2329, Sampajo I p. 343 ff., II p. 287 u. 332. — Endemann, Studien II p. 228 ff., Scaccia § 2 gl. 5 Not. 19, 41 ff. (424), Ansaldus disc. 93 Not. 22 ff., Casaregis I d. 21, 31 ff., II d. 75 ff., Marquard p. 436, Windscheid §§ 348—351, Brinz §§ 287 u. 288, Mandry p. 434 ff. u. passim, Dernburg, Preuss. R. §§ 104—106, Förster-Eccius § 94, Laurent XVIII Nr. 379—483, Schmidt p. 407 ff., Siebenhaar p. 556 ff., Haberstich, Handbuch d. schweiz. Obl.R. I p. 266 ff. Weitere Literatur bei Dernburg p. 4—9.

[2]) Art. 121, 895, 911.

[3]) H.G.B. 94, 471, R.K.O. § 46 ff., Aktiennovelle v. 1884 Art. 184 c. Vgl. auch § 56 R.G. v. 15. Juni 1883 (Krankenversicherung) „aufgerechnet". Gegen das Wort Aufrechnung wendet Dernburg p. 12 ein, dass es freilich mehr die äussere Manipulation, als das juristische Wesen des Instituts bezeichne; nach Eisele p. 391 ff. empfiehlt es sich nur für den Fall der Kompensation gleichartiger Forderungen (vgl. unten Not. 4).

[4]) Bad. L.R. 1289 ff.; so auch der hessische und bayerische Entw. des Obl.R. Vgl. auch v. Amira, Schwed. Obl.R. p. 481: „Die Schuld wird in die Schuld hineingeschlagen (varper slaghin i giadit)". Eisele a. a. O. empfiehlt Wettschlagung als Bezeichnung der (stets freiwilligen) Kompensation mit ungleichartigen Forderungen.

[4a]) Eisenhart, Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern 1792 p. 427: „Abschlag ist gute Bezahlung."

[5]) Schweiz. Obl.R. 131 ff.

[6]) R.Gew.O. § 118; vgl. auch preuss. L.R. I 16 § 300 durch gegenseitige Anrechnung.

[7]) Gegenrechnung findet sich z. B. bei Förster a. a. O., sowie bei Eisenhart p. 427. — Abrechnung begegnet bei Marperger, Neueröffn. H.G. (Register u. p. 433), Rau, Verw.L. § 292 u. bei Eisenhart, Grundsätze des deutschen R. in Sprüchwörtern p. 427. Als Hauptart der Berechnung oder Ausgleichung bezeichnet die Kompensation Pöhls a. a. O. Gegen die Identifizirung von Abrechnung, Berechnung und Kompensation vgl. Endemann Not. 45, Grünhut in s. Zeitschr. III p. 509 u. oben § 251 Not. 35 (Regelsberger). Ueber Abrechnung vgl. auch Levy-Riesser, Kontokorrent p. 195 ff.

[8]) Vgl. das bayr. Erk. v. 26. April 1873 in Buschs Arch. XXX p. 178, das zwischen Ausgleichung oder eigentlicher Kompensation einerseits und Abgleichung andererseits unterscheidet. Vgl. auch Pöhls a. a. O. u. österr. B.G.B. § 1438 „insoweit die Forderungen sich gegenseitig ausgleichen." — Ueber das skandinav. jamka (verebenen, begleichen) vgl. v. Amira, altschwed. Obl. p. 481.

[9]) Dernburg p. 12.

[10]) Ebendas.

[11]) Windscheid § 348 Not. 3 bezeichnet diesen Ausdruck als „doch wohl zu kühn".

Ausdruck rezipirt;[12]) dagegen haben die Engländer eigene Bezeichnungen für das Institut in dem älteren stoppage und dem modernen set-off gebildet.[13])

3. Da die Kompensation begrifflich Forderungsaufhebung ist, kann sie als Surrogat nur für solutorische Zahlungen (direkte, wie indirekte) in Betracht kommen.[14])

4. Wenngleich die Kompensation ursprünglich ein Institut des Handelsrechts, ein Sonderrecht der römischen Wechsler war,[15]) so gelten doch heut, vom Kontokorrent abgesehen,[16]) wesentlich gleiche Grundsätze im Handels- und Civilrecht.[17]) Die modernen Handelsrechtskodifikationen haben daher fast sämmt-

---

[12]) In Portugal begegnet neben compensaçao auch encontro. Vgl. Sampajo a. a. O. Auch bei Marperger p. 434 wird noch Kompensation und Scontro promiscue gebraucht, ebenso in der brandenb. W.O. v. 1724 Art. 23 „Compensationes oder sog. rescontres". Für Kompensation gegen Wechselschulden war in Italien der Ausdruck intratio, intrare üblich; vgl. Riccius, exerc. jur. camb. VIII s. 2 § 1.

[13]) Der ältere Name ist stoppage, „because the amount sought to be set-off, was „stopped" or deducted from the cross demand". Daniel II p. 394. Ueber set-off vgl. noch Holland, elem. of jurisprud. p. 236 u. Dernburg p. 277 ff. Dagegen bedeutet compensation im Englischen „a recompense or reward for some loss, injury or service". (Sweet, law dictionary p. 677.) Ueber einen verwandten weiteren Sinn des Wortes Kompensation auch bei uns vgl. Dernburg p. 11. — Ueber die skandin. Rechtssprache vgl. oben Not. 4 u. 8.

[14]) Die Bedeutung der Kompensation als Zahlungssurrogat hebt schon Baldus hervor: quod potest brevius per unum actum expediri compensando, incassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones (bei Massé 2237). Dass die Kompensation weder eine Unterart der Zahlung, noch Selbstzahlung des Gläubigers, noch fingirte Zahlung („solutio imaginaria") (vgl. Scaccia § 2 gl. 5 No. 43, Ansaldus disc. 55 Not. 47, Sampajo p. 343), wohl aber mit der solutorischen Baarzahlung den ökonomischen Grundkarakter der Befriedigung des Gläubigers theilt, vgl. Dernburg p. 358 ff., auch oben III § 944 (Grünhut) u. Endemann Not. 42.

[15]) Vgl. über das agere cum compensatione der argentarii Dernburg p. 22 ff., Grünhut III p. 482, Eisele p. 27 ff., Goldschmidt I § 37 Not. 3; Dernburg vermuthet p. 16, dass die älteste Manifestation des Instituts, der Kompensationsvertrag, „bereits im 5. Jahrhundert, wenigstens in den Kreisen der Geschäftswelt, Boden fasste". — Ueber die Geschichte der Kompensation im Mittelalter vgl. Dernburg p. 266 ff., Massé 2239, Laurent p. 380; in Deutschland, wie in Frankreich war die Kompensation ursprünglich unstatthaft; dort galt die Parömie „Geld vor, Recht nach", — vgl. auch Sachsenspiegel III 12 § 1, Schilter, Ex. 28 § 15 ff., aber auch Eisenhart p. 428, — hier wenigstens theilweise der Satz „une dette n'empêche pas l'autre" (Loisel; vgl. auch die coutume de Lorris: „compensation n'avait point lieu en cour Laye". Hier wurde das Institut mit der Reception des römischen Rechts ausgebildet, dort durch die lettres royaux und das kanonische Recht — c. 2 X 3, 16 — vermittelt. Ob der Handel bei dieser Entwickelung einen Vorsprung hatte, ist unermittelt. Auch dem Altschwedischen war die gesetzliche Kompensation fremd; vgl. v. Amira p. 484 u. 485 Not. 2; in England fand sie zunächst für den Konkurs 1705 und von da aus in die Allgemeinen Gerichte einen sehr verspäteten Eingang; in Nordamerika ist sie zuerst in Virginia 1644 eingeführt worden. Dernburg p. 278, Daniel a. a. O., Sweet p. 755.

[16]) Oben § 436 Not. 5 ff. (Grünhut).

[17]) Thöl § 317, Gareis a. a. O., Brinckmann Not. 12, Bender § 158. Vgl. Casaregis d. 76 Not. 15.

lich von einer vollständigen Regelung der Kompensation abgesehen, vielmehr bis auf etwelche mehr gelegentliche Anwendungsfälle bei einzelnen handels- und wechselrechtlichen Instituten,[18]) die Normirung den Civilgesetzbüchern[19]) überlassen; wohl nur das H.G.B. von Argentina enthält einen besonderen umfassenden Abschnitt über die Kompensation, aber auch dieser wiederholt bis auf sehr unbedeutende Modifikationen im Grunde nur die Sätze des französischen Code civil.[20]) Hiernach ist hier nur in Kürze an Folgendes zu erinnern:

5. Die Kompensation setzt auch nach Handelsrecht gültige,[21]) unverjährte,[22]) gleichartige,[23]) und fällige gegenseitige Forderungen voraus.

6. Dem Erforderniss der **Gleichartigkeit** zufolge können als Geldzahlungssurrogate nur Forderungen dienen, die ursprünglich oder durch Umwandlung wenigstens zur Zeit der Geltendmachung[24]) auf **Geld** lauten. Der gleichen Münzsorte bedarf es zur Kompensation nur dann, wenn eine exklusive Geldsortenschuld in Frage; gegen andere Geldforderungen kann mit Gegenforderungen in verschiedenen Münzsorten oder Münzfüssen kompensirt werden.[25]) Dagegen kann der Meinung **Endemanns** nicht beigetreten werden, dass „im Gebiete des Handelsverkehrs Gleichartigkeit nicht nur da vorhanden sei, wo beide Forderungen auf Geld lauten, sondern auch überall, wo der sonstige Forderungsgegenstand nicht in seiner Individualität, sondern als fungible Menge

---

[18]) Vgl. z. B. D. H.G.B. 94, 121, 169, 471, 895, 904, 905 u. 911, franz. C. d. c. 446, portug. C. d. c. 423, 491, 877, 1139, span. C. d. c. 545; eine Erwähnung der Kompensation fand sich auch in der nun beseitigten W.O. der Schweizer Konkordatskantone, sowie in der Züricher W.O.

[19]) Ausführlichste Bestimmungen im preuss. L.R. I 16 §§ 300—377; kürzer österr. B.G.B. §§ 1438—1443, C. c. 1289—1299, sächs. B.G.B. §§ 990—997, schweiz. Obl.R. 131—139 u. 571, 607.

[20]) Argent. H.G.B. 958—970; nur Art. 963 a. l. 4 u. 964 a. l. sind zugesetzt. — Auch das brasil. H.G.B. hat ein besonderes Kapitel (Tit. XVII c. 3) über „Novation und kaufmännische Kompensation“ doch sind die beiden einzigen Artikel (439 u. 440), die dem letzten Institut gewidmet, recht unbedeutend.

[21]) Dernburg 468 ff., Eisele p. 327, Windscheid § 350 Not. 1—4, R.G. I Nr. 53, III Nr. 35, Laurent 438 C. c. 1291. Vgl. auch oben § 297 Not. 15 ff.

[22]) Eisele p. 334. Ueber H.G.B. 911 vgl. Dernburg p. 476 Not. 2 u. unten IV p. 319 (Reatz).

[23]) Dernburg p. 476 ff., Eisele p. 315 ff., Windscheid Not. 8—18, Brinz Not. 23 ff. u. § 288.

[24]) Eisele p. 323. Ueber den Wegfall des Erfordernisses der Gleichartigkeit im Konkurse vgl. unten bei Not. 91.

[25]) Dernburg p. 488, Endemann, Studien II p. 233 Not. 33. Vgl. auch Rot. Gen. 72 No. 6: compensatio non admittitur de speciebus ad quantitatem, ut etiam non admittitur de pecunia debita ut species in pecuniam debitam in genere (Massé 2245 ff., Riccius VIII Art. 2 § 14 ff.). Bei der exklusiven Geldsortenschuld kann der Schuldner mit anderer Geldsorte selbst dann nicht kompensiren, wenn er eine werthvollere Sorte vom Gläubiger zu fordern hat, nicht mit Forderung auf englische Sovereigns gegen exklusive deutsche Reichsgoldschuld. Vgl. hierzu Eisele p. 316; a. M. Dernburg p. 485.

von Geldwerth in Betracht kommt";[26]) denn, da nach der Meinung desselben Rechtslehrers „schliesslich alle Dinge kompensabel sind, sobald man sie nicht blos nach ihrem äusseren Körper oder Wesen, sondern nach der in ihnen enthaltenen Menge von Tauschwerth betrachtet, wo der Körper den Träger darstellt",[27]) so wäre das Requisit der Gleichartigkeit überhaupt der Regel nach und auch für das Civilrecht ausgeschlossen, oder es käme auf den doch kaum zu erbringenden Beweis der Betrachtungsweise des Gegenstands Seitens der Parteien an; übrigens ist das Requisit der Gleichartigkeit von den übrigen Handelsrechtsschriftstellern,[28]) wie von Gesetzgebern[29]) kaum je angezweifelt worden. Die Gleichartigkeit der Geldforderungen wird weder durch die Verschiedenheit des Grundes,[30]) noch durch eine verschiedene Privilegirung der Forderungen,[31]) auch nicht durch eine selbst excessive Verschiedenheit der Summengrösse ausgeschlossen.[32]) Auch die Verschiedenheit der Zahlungsorte der beiden Forderungen ist kein Hinderniss der Kompensabilität, sofern nur das Ortsinteresse des Gläubigers in Anschlag gebracht wird.[33]) Endlich kann auch der Ansicht nicht beigetreten werden, dass Forderungen, blos weil die-

---

[26]) Endemann, H.R. bei Not. 35.

[27]) Studien II p. 228.

[28]) Dass weder Scaccia, noch Raph. de Turri die Statthaftigkeit der Kompensation mit ungleichartigen Forderungen gelehrt, hebt Endemann, Studien II p. 238 selbst hervor. Mag auch Medici Arbeitsleistung und Geld, Kunstwerk mit Kunstwerk für kompensabel erachtet haben, so hat doch auch er als Regel für die Kompensabilität verlangt, „dass beide Schulden Gattungssachen von gleicher Beschaffenheit betreffen." (a. a. O. p. 231 u. 232.) Marquard erwähnt zwar p. 282 Not. 4 das Recht des mercator emptor zur Kompensation, fügt aber nichts über ein Recht, Ungleichartiges aufzurechnen, hinzu. Vgl. noch Pardessus 228, Massé 2245 ff., Pöhls 294, Gad p. 110 Not. 29. Vgl. auch oben Not. 17.

[29]) Gleichartigkeit fordern vielmehr die H.G.B. v. Argentina 966 Z. 1 u. 961. Brasil. 439; auch in Portugal wird sie erfordert (Sampajo p. 344). Ebenso fordern sie die modernen Civilkodifikationen: Preussen § 343, Oesterreich § 1438 u. 1440, Sachsen § 997, Schweiz 131. Der C. c. 1291 fordert zwar auch als Regel choses fongibles de la même espèce, lässt aber doch eine singuläre Ausnahme zu, nämlich die Kompensation zwischen Geldforderungen und prestations en grains ou denrées non contestés, et dont le prix est reglé par les mercuriales; vgl. dazu Massé 2257. Laurent 392.

[30]) Eccius Not. 55.

[31]) Pardessus 229, Massé 2266. Handelsschulden und Nichthandelsschulden sind kompensabel.

[32]) A. M. anscheinend Endemann, H.R. Not. 39 unter Berufung auf Sintenis § 104 Not. 54.

[33]) Vgl. über l. 15 D. de comp. Dernburg p. 502 ff., Eisele p. 321, Windscheid Not. 7. Die römische Bestimmung ist mangelhaft wiedergegeben in C. c. 1296 („faisant raison des frais de la remise"), vgl. Massé 2247 ff., Pardessus 233, Laurent p. 440) u. Argentina 965. Vgl. nach sächs. B.G.B. § 990 (Siebenhaar p. 557) u. preuss. L.R. § 350 ff. (Eccius Not. 49 ff., Dernburg Not. 13; Letzterer ist de lege ferenda gegen die Kompensabilität).

selben zu einem von beiden Seiten anerkannten **verschiedenen Zweck** geleistet werden, ungleichartig sind.[34])

7. Was das Erforderniss der **Fälligkeit** anlangt, so besteht zwar die Usance, dass „kein reeller Kaufmann sich weigern wird, eine bereits fällige Forderung mit einer schon nach 2—3 Monaten fälligen Gegenforderung unter Berechnung der Zwischenzinsen abgleichen zu lassen";[35]) ein allgemeines objektives Handelsgewohnheitsrecht für die Kompensabilität fälliger mit nichtfälligen Forderungen ist aber hieraus doch nicht zu entnehmen. Es ist auch dem Kaufmann nicht in allen Fällen zuzumuthen, sich mit dem Interusurium zu begnügen und, in geldknappen Zeiten besonders, auf den Geldeingang um seiner vielleicht erst Monate später fälligen Schuld willen zu verzichten.[36]) Andererseits hat allerdings der Gläubiger an der seinerseits geschuldeten Summe unter Umständen, bis ihm für die Erstattung einer künftig fälligen Forderung von der Gegenseite Sicherheit gestellt ist, ein (nicht kaufmännisches) Retentionsrecht.[37]) Eine nur scheinbare Ausnahme ist es, dass mit einer Forderung, bezüglich deren dem Schuldner zur Beschaffung von Zahlungsmitteln vom Gläubiger oder Gesetz eine Schonfrist resp. Respekttage gewährt sind, kompensirt werden kann; die durch wirklichen Stundungsvertrag befristete Forderung ist gegen eine fällige nicht aufrechenbar. Ebensowenig ist die bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung kompensabel.[38])

[34]) Dies nahm das R.G. VI p. 72 zur Begründung des Ausschlusses der Kompensation gegen die Pflicht aus der Aktienzeichnung an; jener jetzt gesetzlich normirte Ausschluss (vgl. unten Not. 68) erklärt sich jedoch auch ohne Zuhilfenahme jener Annahme, wenn man mit Dernburg p. 522 in der Zeichnung nur ein Baarzahlungsversprechen oder einen Kompensationsverzicht findet.

[35]) Dies bekundeten in einem bayr. Rechtsfall die kaufmännischen Beisitzer beider Instanzen „auf Grund eigener Sachkunde und Wissenschaft". Busch XXX p. 180 (26. April 1873).

[36]) Vgl. Gad p. 111: „Nur die Aufrechnung fälliger Forderungen lässt sich erzwingen; das baare Geld, welches heute zur Kasse kommt, ist noch vielfach umzusetzen, bis es auf die Gegenforderung bezahlt wird". Auch Dernburg p. 477 Not. 2 erachtet einen Bankier nicht für verpflichtet, sich die Kompensation seiner Forderung mit einer von ihm selbst zwar acceptirten, aber noch nicht fälligen Tratte unter Abzug des Diskonto gefallen zu lassen. Fälligkeit fordern auch Argentina 960, Brasil. 439, Portugal (Sampajo a. a. O.), ebenso die fünf grossen Civilkodifikationen (Preussen 343, Oesterreich 1439, Sachsen 990, (Siebenhaar p. 557 Not. 2), C. c. 129 (Laurent 411, Massé 2260)), Schweiz 131. Vgl. überhaupt Dernburg p. 476 ff., Eisele p. 335 ff., Nürnberger Prot. p. 467.

[37]) Dernburg p. 476 u. 442.

[38]) Eisele p. 336, Brinz Not. 28, Windscheid Not. 6, Dernburg p. 478 ff., Pardessus 230, Massé 2267. (C. c. 1292: le terme de grâce n'est point un obstacle à la comp.) Laurent 412. Ueber die kasuistischen Bestimmungen des preuss. L.R. § 356 ff., vgl. Eccius Not. 40, Dernburg, Preuss. R. Not. 14. — Ueber die Kompensation mit noch nicht fälligen Forderungen im Konkurse nach Handelsgewohnheitsrecht vgl. Goldschmidt § 96 Not. 18 und die reichen Nachweisungen daselbst, sowie unten Not. 92 ff.

Liquidität ist jedenfalls nach heutigem deutschen und Schweizer Recht keine Voraussetzung der Kompensation mehr.[39])

8. In subjektiver Beziehung setzt die Kompensation **Gegenseitigkeit** der Forderungen voraus; der Gläubiger der einen muss zugleich Schuldner der andern sein. Gegenforderungen eines Dritten braucht man sich selbst mit Ermächtigung jenes Dritten nicht aufrechnen zu lassen.[40]) Anwendungsfälle dieser Regel finden sich auch in der deutschen Handelsgesetzgebung. So sind Forderungen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder Genossenschaft mit Privatforderungen des Gesellschafts-, resp. Genossenschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter resp. Genossenschafter während der Dauer der Gesellschaft resp. Genossenschaft weder ganz noch theilweis kompensabel (H.G.B. 121 u. 169, R.Gen.G. § 16).[41]) So kann auch bei Versicherung für fremde Rechnung der Versicherer Forderungen, welche ihm gegen den Versicherungsnehmer (nicht gegen den Versicherten) zustehen, nicht zur Kompensation bringen (H.G.B. A. 895).[42]) So können weiter dem Prinzipal

---

[39]) R.Civ.Proz.O. § 136 Abs. 2 u. 274 (das Gericht kann Verhandlung in getrennten Prozessen anordnen, sofern die Gegenforderung mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht; auch kann die Trennung nach dem Schluss der Verhandlung durch Theilurtheil erfolgen), § 14 Einf.G. zur Civ.Proz.O., Puchelt, Komm. zu Art. 324 H.G.B., Mandry p. 443 ff., Dernburg, Preuss. R. § 105 Not. 9 u. 10, § 106 Not. 5, Eccius Not. 66, v. Wilmowski u. Levy, Komm. zur Civ.Proz.O. a. a. O. A. M. für die fernere Geltung des früheren Erfordernisses der Liquidät oder Liquidabilität Struckmann u. Koch, Komm. p. 125 Not. 2 zu § 136 und die von ihm Citirten (Seuffert, Petersen, Gaupp). — Schneider u. Fick Not. 3 zu Art. 131. — Liquidität fordern Oesterreich § 1438 (v. Kirchstetter p. 628) C. c. 1291 (Pardessus 229, Massé 2258, Laurent 397 ff.), das Portug. H.R. (Sampajo p. 344) u. Argent. H.G.B. 960 Z. 2 u. 962 (Liquidität liegt vor, wenn die Forderung binnen 10 Tagen bewiesen werden kann). — Ueber älteres Recht vgl. Gad p. 111, Dernburg p. 556 ff., 575 ff., Eisele p. 338 ff., Marquard p. 163 No. 19 (comp., quae obscura cum liquidis non admittit). Scaccia § 2 gl. 5 No. 45 (quod de liquido ad illiquidum non fiat comp.).

[40]) Ansald. disc. 55 No. 48, R. de Turri disp. 2 qu. 11 No. 17 ff., Pardessus 226, Massé 2281, Gad p. 112. Argentina H.G.B. 963. — Dernburg p. 372 ff., Eisele p. 282, Windscheid Not. 17 ff. — C. c. 1289, Oesterreich 1441. Das sächs. B.G.B. § 1441 hat dies Erforderniss als selbstverständlich nicht erst erwähnt. Siebenhaar § 333 Not. 1. — R.G. V p. 308 ff., X p. 49. Für das germanische Recht behauptet Eisenhart p. 428 Nichterforderniss der Identität.

[41]) Ueber die Begrenzung dieses Prinzips vgl. oben I § 92 bes. Not. 13, 18, 19, 23, 25, 34 u. 35 (Lastig), § 156 Not. 10, § 157 Not. 25 (Wolff); vgl. auch Massé 2318 ff., Behrend § 76, Dernburg p. 444, Sicherers Komm. zu § 15 Gen.Ges. (p. 234—239) u. R.G. X p. 47 ff.

[42]) Mit der Forderung auf die Prämie kann der Versicherer gegen den Versicherten nur dann kompensiren, wenn der Versicherungsnehmer insolvent geworden, denn in diesem Falle ist der Versicherte nach Art. 816 zur Prämienzahlung selbst verpflichtet. Lewis, Komm. zu Art. 895 p. 498 (2. Bd.). Dagegen nimmt Dernburg p. 376 stets Kompensabilität mit der Prämie an, „weil die Schuld der Versicherungssumme objektiv in Relation zur Forderung der Prämie steht, oder, um mit Paulus zu reden, quia unus contractus est." Vgl. auch unten (Reatz) IV § 61 Not. 8 u. 9, Thöl, Ausgew. Entsch. p. 18 ff.

Gegenforderungen, die dem dritten Kontrahenten gegen den Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten persönlich zustehen, nicht entgegengesetzt werden, und auch der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte wird in der Regel, wenn er aus eigenen Schulden belangt wird, mit Gegenforderungen seines Prinzipales nicht kompensiren dürfen.[43] Daher dürfte auch gegen die aus einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten von Letzterem geltend gemachte Forderung eine Gegenforderung, die dem Promittenten gegen den Promissar zusteht, nicht aufrechenbar sein.[44]

Von dem Erforderniss der Gegenseitigkeit bestehen jedoch mehrere scheinbare Ausnahmen. So sind im Kommissionsgeschäft die für fremde Rechnung erworbenen Forderungen mit den eigenen Schulden des Kommissionärs und die eigenen Forderungen des Kommissionärs mit den für fremde Rechnung übernommenen Schulden kompensabel.[45] So kann der Empfänger des Frachtguts die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Forderungen, die der Absender entgegensetzen könnte, der Forderung des Frachtführers aufrechnen.[46] So kann der Bürge, auch der selbstschuldnerische, mit der Forderung des Hauptschuldners aufrechnen.[47] Ebenso der Korrealschuldner mit der Forderung des Mitschuldners, freilich nur soweit er gegen denselben Regress hat;[48] dagegen

---

[43]) Dernburg p. 380, 385 ff.

[44]) Dies bestimmt das schweizer Obl.R. 135, auch der Dresdener Entw. 205. Vgl. Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter p. 242, Bähr im Jahrb. f. Dogm. VI p. 155 ff., Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund p. 148 Not. 11, Haberstich p. 271, aber auch Stobbe III p. 126 Not. 53, Bähr im Arch. f. d. c. Pr. 67 p. 174 ff. u. Urth. p. 85 Note.

[45]) Vgl. oben § 320 Not. 4 (Grünhut), Dernburg p. 381, Massé 2286 ff., Casaregis disc. 76 No. 15. — Nicht ganz klar H.G.B. v. Argentina 963 a. l. 4: „Das, was man einem Kommissionär durch (?) einen Dritten schuldet, gleicht sich durch das, was dieser für Rechnung des Kommittenten jenem schuldet, und umgekehrt aus."

[46]) Vgl. oben § 346 (Schott).

[47]) Windscheid Not. 18, Dernburg p. 457 ff., Eisele p. 298 ff., Massé 2323, Pardessus 226, Riccius a. a. O. § 19, C. c. 1294, Argentina 963, Schweiz 134; auch im österr. Recht gilt diese scheinbare Ausnahme, doch ist es nicht unbestritten wegen § 1361; vgl. v. Kirchstetter a. a. O. Not. 3. Dass umgekehrt der Hauptschuldner mit den Forderungen des Bürgen gegen den Gläubiger nicht kompensiren kann, heben zum Ueberfluss C. c. 1294, Pr. § 329 u. Schw. O.R. 134 noch ausdrücklich hervor.

[48]) R.O.H.G. XII p. 253 (nach gemeinem Recht und nach sächs. Handelsrecht). Vgl. noch Windscheid Not. 19, Eisele p. 300, Dernburg p. 461 ff., 463 Not. 1. Letzterer ist de lege ferenda gegen die Kompensabilität. Gegen dieselbe ist auch das C. c. 1294 a. l. 3 (vgl. dazu Laurent XVII 338 u. XVIII 426 ff., Massé III 2040, IV 2324, auch die von Dernburg p. 465 Not. 2 citirten Autoren), das preuss. L.R. (Dernburg p. 289, 464 u. preuss. R. § 105 Not. 2); das österr. B.G.B. (v. Kirchstetter a. a. O., Dernburg p. 466), das sächs. G.B. § 1027 (R.O.H.G. XII a. a. O.) sowie das schweiz. Obl.R. (Schneider u. Fick Not. 1 zu Art. 164, Haberstich p. 271. Dagegen verlässt das H.G.B. von Argentina 963 a. l. 3 in dieser Frage das franz. Vorbild und geht durch Beseitigung der Beschränkung bez. der Regresspflicht noch über das gemeine Recht hinaus.

kann ein Wechselschuldner mit der Gegenforderung eines anderen Wechselverpflichteten an den Wechselinhaber, selbst wenn er gegen denselben Regress hat, der Regel nach nicht kompensiren.[49]) Zu den Ausnahmen gehören die Aufrechnung bei aktiver Korrealität gegen den regressberechtigten Mitgläubiger,[50]) sowie die Kompensabilität bei aktiver Singularsuccession in die Forderung (Cession, Verpfändung, Forderungslegat, Arrest).[51]) Es kann insbesondere der debitor cessus dem Cessionar nicht nur die ihm gegen diese persönlich zustehende,[52]) sondern auch diejenigen Forderungen entgegensetzen, die ihm vor und bei der Denuntiation gegen den Cedenten, (nicht auch gegen den blossen Zwischencedenten) zustanden,[53]) es sei denn, dass sie später als die cedirte Forderung fällig sind,[54]) oder dass der cessus auf die Geltendmachung der gegen den Cedenten ihm zustehenden Forderungen verzichtet. Letzteres geschieht durch Annahme des Cessionars als Gläubiger auf die cedirte Forderung.[55]) Dass gegen indossirte Forderungen die Kompensation ex persona

---

[49]) Es folgt dies aus der Selbständigkeit der Wechselobligationen; die Wechselverpflichteten sind keine Korrealverbundenen. Eine Ausnahme ist zuzulassen für den Fall, dass der klagende Wechselinhaber schon zuvor mit einem anderen als den verklagten Wechselschuldner thatsächlich compensirt, oder einen Kompensations**vertrag** geschlossen hat. Ueber Kompensation bei Wechseln vgl. noch Not. 12 u. 56.

[50]) Die Quellen schweigen zwar, doch ist die Analogie unabweisbar; so **Dernburg** p. 463, **Eisele** p. 304 ff., **Windscheid** Not. 20, aber auch **Brinz** Not. 32. Die grossen Kodifikationen stehen auch hier anscheinend entgegen; Argentina hat keine Norm; über Preussen und Frankreich vgl. **Dernburg** p. 467 u. preuss. R. Not. 3.

[51]) Ueber die drei letztgenannten Fälle vgl. **Dernburg** p. 419 ff., **Eisele** p. 311 ff. Ueber **Assignation** vgl. **Dernburg** p. 428, **Eccius** Not. 37. Die Nichtkompensabilität einer erst nach der Benachrichtigung vom Arrest vom Schuldner erworbenen Forderung schreibt auch das schweizer Obl.R. 133 vor; **Haberstich** p. 270. Als Cession hat heute auch die Ueberlassung einer Forderung Seitens eines Dritten zur Kompensation zu gelten. **Dernburg** p. 378; a. M. **Eisele** p. 291. Nicht unter diesen Gesichtspunkt fällt die Kompensation eines Schuldners des Kridars im Konkurse; die Gläubigerschaft ist nicht an Stelle des Kridars getreten. Vgl. Motive zur R.K.O. p. 226 Not. 2.

[52]) Dass im altrömischen Prozess dies nicht der Fall war, vgl. **Eisele** p. 305. Dass auch nach englischem Recht „dem Cessionar die Kompensation mit der cedirten Forderung versagt ist", **Dernburg** p. 404.

[53]) **Casaregis** disc. 155 Not. 35 u. 36, bei **Massé** 2299, **Pardessus** 227, **Windscheid** Not. 21, **Dernburg** p. 406, **Eisele** p. 307, **Gad** Not. 33. Eine Anwendung auf die Seeversicherung enthält H.G.B. 904 a. l. 3: „der aus dem Versicherungsvertrage nicht hergeleiteten (Einreden und Gegenforderungen) jedoch nur insofern, als sie bereits **vor der Anzeige der Uebertragung** entstanden sind." Prot. VII p. 3648 ff., C. c. 1295, **Massé** 2298, preuss. L.R. § 313, (**Eccius** Not. 30 ff.) Schweiz 189 (dazu **Schneider** u. **Fick** Not. 2). — Vgl. auch noch R.G. IV p. 330 ff. u. VI p. 277 ff.

[54]) Das ist freilich bestritten. **Dernburg** p. 407 ff., **Eisele** p. 308 ff., **Brinz** § 285 Not. 5. Vgl. jetzt R.G. IV p. 255 (preuss. R.), aber auch **Eccius** Not. 31.

[55]) So schon **Straccha** de decoctor. p. 5 Not. 3 ff. u. **Scaccia** § 2 gl. 5 Not. 280 ff. (vgl. **Endemann**, Stud. II. p. 236). A. M. **Casaregis**, disc. 31 No. 25 ff. 31, er verlangt eine formelle delegatio. Vgl. überhaupt **Massé** 2299, **Dernburg** p. 416 ff. u. preuss. R. § 105 nach Not. 9, preuss. L.R. § 314 ff., I 16, § 412 I Note. C. c. 1295

indossantis, soweit nicht dolus vorliegt, unstatthaft, ist an anderer Stelle schon ausgeführt.[56])

Inwiefern endlich[57]) ein **Ehegatte** Forderungen und Schulden des andern zur Kompensation verwenden kann, hängt von dem konkreten ehelichen Güterrecht der Gatten ab.[58]) Der Umstand, dass die Ehefrau **Handelsfrau**, begründet keine Abweichung, obschon Billigkeitsgründe de lege ferenda dafür sprechen mögen, dass die Forderungen und Schulden der Handelsfrau weder vom Ehemann, noch gegen denselben auf persönliche Obligationen desselben aufgerechnet werden sollten.[59]) Es wird mithin bei allgemeiner Gütergemeinschaft die verklagte Handelsfrau ihrem Handelsgläubiger das, was er persönlich ihrem Manne schuldet, aufrechnen dürfen; Art. 8 H.G.B. steht nicht entgegen, da es sich nicht um die durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemanns am Vermögen der Frau, sondern vielmehr um die Rechte der Frau an den Forderungen des Mannes handelt; und auch umgekehrt wird sie sich als Klägerin aus Handelsgeschäften die Kompensation mit den Privatschulden des Mannes, selbst den vorehelichen, gefallen lassen müssen, da diese Schulden in die Gemeinschaft fallen.

9. Trotz Vorhandenseins der oben erörterten Voraussetzungen ist die Kompensation in einigen Fällen durch positive Bestimmung ausgeschlossen.[59a]) Ab-

---

u. 1690, Oesterreich § 1396. — Argentina H.G.B. 564, 964 ff. (Fiktion der Annahme des neuen Gläubigers, falls der cessus 3 Tage von der Denunciation an widerspruchslos verstreichen lässt).

[56]) II § 194 Not. 4, § 198 Not. 39 (Brunner). — Vgl. auch H.G.B. v. Argentina 964 a. l. 3. Dernburg p. 424 ff., Massé 2300. Ueber die Erhaltung der Kompensation bei Indossament nach Verfall vgl. meine Beiträge zum einheitlichen Wechselrecht p. 114 ff., Zeitschr. f. vgl. R.W. IV p. 40, Massé 2303 u. unten IV p. 173 ff. Vgl. auch noch Not. 59 a. E. u. oben Not. 12 u. 49.

[57]) Auf die durch die Erbfolge u. patria potestas bedingten Modifikationen des Gegenseitigkeitsprinzips kann hier nicht eingegangen werden; vgl. Dernburg p. 373 ff., Eisele p. 292 ff., 296.

[58]) Vgl. darüber Dernburg p. 450 ff. u. preuss. R. III § 30 bei Not. 25, Massé 2283, Laurent 431, Eccius Not. 45. Ohne jede Unterscheidung des Güterrechts gegen jede Kompensation mit der Forderung des anderen Ehegatten Marperger p. 417.

[59]) Massé 2284; sein Rechtsgrund de lege lata „que le commerce d'une femme marchande publique est distinct et séparé des affaires de son mari, tellement qu'une femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari", ist nicht entscheidend.

[59a]) Gegen diese kann auch im Konkursverfahren nicht aufgerechnet werden. Motive zu R.K.O. p. 228. Vgl. zum Folgenden: Windscheid Not. 23 ff., Brinz § 288 Not. 20 ff., Dernburg p. 524, Eisele p. 349 ff., 359 u. 294 ff., Eccius Not. 13, schweiz. Obl.R. 132, Laurent 444 ff. Ueber den Ausschluss der Kompensation gegen Schulden ex societate officii und aus dem Censusvertrag vgl. Endemann, Studien I p. 412, II p. 134 u. 233. Scaccia § 1 qu. 1 No. 209, 216 ff., 229 ff., 241 ff., aber auch Ansaldus d. 93 Not. 24. — Einzelne ältere deutsche W.O. (z. B. Augsburg 1665 u. 1682 Art. 7, Nürnberg 1654 Art. 6, Danzig 1701 Art. 16, Breslau 1672 Art. 1 u. Brandenburg 1724 Art. 23) schlossen gegen Wechselklagen auch die Comp. ex propria persona aus: vgl. dagegen Raumburger, just. selecta p. 663 u. Marquard III 8 No. 57; Raph.

gesehen von gewissen fiskalischen und Gemeinde-Forderungen, sowie von Alimentenforderungen[60]) und Forderungen aus widerrechtlicher Besitzergreifung[61]) gehören hierher auch vier handelsrechtlich bedeutsame Fälle, nämlich der Ausschluss der Kompensation

a. gegenüber Forderungen aus dem regulären und irregulären Hinterlegungsvertrag,[62]) selbst ex pari causa,[63])

---

de Turri disp. 2 qu. 18 No. 15 u. 16, Riccius, exercit. jur. camb. VIII s. 2 § 3 u. 5 ff.

[60]) Diese Alimentenforderungen meint wohl das H.G.B. von Argentina 967 Z. 3; (die Borchardtsche Uebersetzung spricht von Schulden, die sich nur auf Nahrungsmittel beziehen); die Alimentenforderung eximirt wenigstens auch das franz. Vorbild (C. c. 1293 Nr. 3), Pardessus 235. — Dernburg p. 519 u. Eisele p. 358 führen diese Ausnahme auf das Wesen der Alimentenforderung, als einer schon ihrer rechtlichen Natur nach spezifischen Zwecken bestimmten (individualisirten) Forderung zurück; übereinstimmend das schweiz. Obl.R. 132 Z. 2: „Verpflichtungen, deren besondere Natur die thatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, z. B. Alimente"; vgl. auch Hafner zu Art. 519 u. 521 (Leibrente) u. Haberstich p. 267. Kann gegen nicht pfändbare Forderungen (zukünftigen Arbeitslohn, Diensteinkommen, Unterstützung aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen) aufgerechnet werden? Für die volle Verneinung Bezold in Gesetzg. des d. Reichs I, 1 p. 121 ff., auch schweiz. Obl.R. 132 Z. 2 u. eidgen. Fabrikges. Art. 10 (Haberstich p. 267), a. M. Mandry p. 243 u. 441 Not. 13 (Statthaftigkeit, soweit nicht in fraudem legis) u. Dernburg § 109 nach Not. 9 (Statthaftigkeit, soweit die Gegenforderung connex). Das R.G. betr. die Krankenversicherung der Arbeiter v. 15. Juni 1883 § 56 lässt die Aufrechnung gegen die Unterstützungsforderungen nur mit geschuldeten Beiträgen zu.

[61]) Nach Dernburg p. 511 ist in allen Fällen ungerechtfertigter Eigenmacht (im weiten Sinne) die Kompensation ausgeschlossen; hiergegen vgl. Eisele p. 356. Es muss jedoch der Ansicht Dernburgs u. der franz. Jurisprudenz (vgl. Laurent 451 Not. 2) auch darin beigetreten werden, dass dem Bezogenen eines Wechsels, der trotz der zur Honorirung übersandten Valuta das Accept weigert, gegen die Restitutionsklage die Kompensation nicht zustehe. Vgl. besonders Kohler, Gesammelte Abhdlgn. p. 468. Auch das schweiz. Obl.R. 132 Z. 1 hat sich jener Meinung angeschlossen und neben die Rückgabepflicht bez. „widerrechtlich entzogener" auch die „böswillig vorenthaltenen Sachen" gestellt.

[62]) Vgl. oben §§ 430 Not. 96 u. 433 Not. 53. Marperger p. 417 lässt die Kompensation gegen das irreg. dep. zu; ebenso Rot. gen. dec. 34 Not. 9 u. Kleinwort im Arch. f. H.R. II p. 374. Vgl. ferner Dernburg p. 513 ff., Eisele p. 351, Eccius Not. 99. Dieser Ausschluss bezieht sich weder auf Geldkaution noch auf Kommodat; mehrere Partikularrechte (C. c. 1293, Preussen § 363 ff., Oesterreich § 1440) gewähren jedoch auch gegen das Kommodat keine Kompensation (Dernburg p. 517 Not. 1). Das schweizer Obl.R. 133 spricht nur von hinterlegten Sachen, ohne das irreg. Depositum auszunehmen, vgl. Hafner Not 1 zu Art. 132; a. M. Haberstich p. 266, der im dep. irreg. ein Darlehn sieht. Das H.G.B. v. Argentina 967 Z. 2 versagt die Kompensation bei einer Klage zur Wiedererlangung eines Depot oder bei einem Darlehnsvertrage. Brasil. 440 lässt gegen jede a. depositi, auch bei Deposition einer Geldsumme, nur dann Kompensation zu, wenn die Gegenforderung „aus einem gleichen Rechtsgrunde herrührte".

[63]) Anders Brasil. H.G.B. 440 u. sächs. B.G.B. § 1271.

b. gegenüber dem Versprechen der Banknoteneinlösung,[64]) nicht aber auch gegenüber jedwedem Inhaberpapiere,[65])

c. gegenüber Lohnforderungen der Arbeiter von Gewerbtreibenden, es sei denn, dass die Gegenforderung durch die Gewährung der zum Leben unentbehrlichsten Gegenstände[66]) oder durch Vorschuss der Krankenkassenbeiträge entstanden ist,[67])

d. gegenüber der Forderung der Aktien-Gesellschaft und Kommandit-Aktien-Gesellschaft auf Einzahlung der auf die Aktie zu leistenden Beträge.[68])

10. Auch durch **Vertrag** kann die Kompensation ausgeschlossen, m. a. W. auf sie in futurum **verzichtet** sein. Dieser Verzicht kann zu Gunsten eines der beiden Kontrahenten abgeschlossen sein; er kann sich auf bereits erworbene oder auf zukünftig erwachsende, auf bestimmte, wie auf unbestimmte Forderungen beziehen; er kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.[69]) Das Motiv des Verzichtes wird nicht selten darin bestehen, dass der Gegenforderung durch den Verzicht eine grössere Verkehrsfähigkeit zuerkannt werden soll.[70]) Verzicht ist nicht zu praesumiren; er liegt im Zweifel weder im Versprechen in Kurzem zahlen zu wollen, noch in der selbst wiederholten Unterlassung der Geltendmachung,[71]) häufig aber, wenngleich nicht stets, im Baarzahlungsver-

---

[64]) Vgl. oben § 109 Not. 42 (R. Koch) § 429 Not. 36 u. Dernburg p. 521.

[65]) Vgl. oben II § 199 Not. 12 (Brunner) u. Dernburg p. 425 Not. 3, preuss. R. § 90 Not. 3, anscheinend auch Massé 2304 (da er nur die Kompensation ex persona der Vorderleute ausschliesst). A. M. die dort Citirten und schweiz. Obl.R. (Schneider u. Fick Not. 1 zu Art. 847.

[66]) Vgl. oben I § 68 p. 271 (Wendt), Thöl § 83 Not. 5, Dernburg, Preuss. R. § 192 nach Not. 38. Dagegen erachten Mandry p. 428 u. 441 Not. 13, Schicker u. Kayser p. 172 Not. 12 die Kompensation mit allen Forderungen für statthaft, mit alleiniger Ausnahme der dem § 115 R.Gew.O. zuwider kreditirten Waarenforderungen. (§ 118 R.G.O.)

[67]) R.Gew.O. § 100 c. Z. 1. R.G. v. 7. April 1876 (Hilfskassen) § 9 u. R.G. v. 15. Juni 1883 (Krankenversicherung der Arbeiter) § 53.

[68]) Oben Not. 35. H.G.B. Art. 184 c. u. 219 (2. Novelle) Motive in Buschs Arch. 44 p. 132 ff., woselbst auch Not. 1 die Literatur der nunmehr entschiedenen Streitfrage. Vgl. auch R.G. VI p. 70 ff. u. Dernburg p. 522. — Schweizer Obl.R. 136 a. l. 12: „Im Konkurse einer Aktiengesellschaft können rückständige Aktienbeträge nicht mit Forderungen gegen die Gesellschaft verrechnet werden. Ebensowenig können auf den Inhaber lautende Obligationen oder Kupons zur Verrechnung mit Guthaben der Gesellschaft im Konkurse verwendet werden.“ Haberstich p. 269 ff.

[69]) Dernburg p. 505 ff., Eisele p. 379 ff., Massé 2241 ff., Laurent 456. Letzterer ist gegen jeden Verzicht, weil die Comp. publici juris. Durch die Beeidung der Schuld ist die Kompensation in foro mercatorum schon zur Zeit Marquards (III 8 Not. 57) nicht mehr gehemmt; vgl. auch Marperger p. 418, dagegen sieht doch noch Scaccia § 2 gl. 5 No. 42 ff. in der eidlichen Bestärkung der Schuld einen Verzicht auf Kompensation bezüglich derjenigen Gegenforderungen, die vor der beeideten Schuld fällig werden; vgl. dazu Massé 2242.

[70]) Haberstich p. 272.

[71]) Massé 2241 (Casaregis 135 No. 18), R.G. VI p. 277 ff. Vgl. auch unten Not. 81.

sprechen.[72]) Der Verzicht kann endlich ein zeitlich beschränkter oder unbeschränkter sein; das erstere ist bei dem Kontokorrentvertrage der Fall.[72a]) Der Verzicht verliert im Fall des Konkurses des Gläubigers seine Kraft.[73])

11. Die blosse Koexistenz kompensabler Gegenforderungen hebt dieselben nicht ohne Weiteres auf,[74]) vielmehr bedarf es zur vollständigen Aufhebung eines Willensaktes der Betheiligten,[74a]) also der gerichtlichen oder aussergerichtlichen Geltendmachung, zu der der Gläubiger befugt, aber nicht verpflichtet ist. Die gerichtliche Geltendmachung erfolgt meist mittelst Einrede, kann aber auch vom Kläger, weil auch er ein Kompensationsrecht hat, in der Klage oder Replik geschehen.[75])

---

[72]) Für den Kompensationsverzicht bei Baarzahlungsversprechen ausser dem sächs. B.G.B. § 996 auch schweiz. Obl.R. 139, Thöl § 317 Not. 6. R.O.H.G. IV p. 37, V p. 157 ff., Pardessus 235 a. E. sieht in dem Bruch des Baarzahlungsversprechens mittelst Kompensationseinwands ein „abus de confiance“, wenigstens dann, wenn die Schuld mala fide kontrahirt worden.

[72a]) Levy-Riesser p. 107: „Ausschluss jeder zwischenzeitlichen Kompensation.“ Vgl. auch Laband in Zeitschr. f. H.R. XIX p. 654. Vgl. oben p. 944 (Grünhut), Dernburg p. 591 ff., Goldschmidt § 96 nach Not. 14, Ladenburg in Buschs Arch. 42 p. 134, Lyon-Caen 1447 p. 811 „il y a une prorogation conventionelle de la comp.“ Vgl. indess auch Laurent 451. Uebrigens auch oben Not. 71

[73]) Dernburg p. 507, preuss. R. § 105 Not. 16. Vgl. auch oben II § 243 Not. 14 (Regelsberger), III § 426, 427 Not. 196, vgl. Massé 2241, „la rénonciation à la comp. équivaut à la prorogation du terme de payement accordée au debiteur contre lequel on renonce à s'en prévaloir.“

[74]) Anders nach Scaccia § 2 gl. 5 No. 424 ff., der noch völlig auf dem Standpunkt des Martinus steht: „fit comp. inter nos ipso jure, sine ministerio hominis“ u. No. 435 „non requiritur aliquod factum hominis seu declaratio“. Denselben Standpunkt nehmen noch ein Casaregis d. 21 No. 14 österr. B.G.B. § 1438, C. c. 1290, H.G.B. von Argentina 959 und, wenngleich minder bestimmt, das preuss. L.R. § 301; doch fordert die preuss. und franz. Jurisprudenz gleichwohl eine Thätigkeit der Parteien. Vgl. Dernburg p. 289 u. 297, Eccius Not. 5 u. 67, R.G. VII p. 246, Massé 2240: Toutefois, de ce que la comp. a lieu de plein droit, il ne faut pas en conclure qu'elle n'ait pas besoin d'être opposée par celui . . . Laurent 381. — Dass gemeinrechtlich die Tilgung nicht von selbst eintritt, ist jetzt wohl unbedenklich als die herrschende Meinung in Deutschland zu bezeichnen. Dernburg p. 290 a. E. Windscheid Not. 10b. Dieselbe Anschauung schon bei Marperger p. 418: dieselbe sanktioniren auch jetzt das sächs. B.G.B. § 992, der hess. u. Dresdner Entwurf u. das schweiz. Obl.R. 131 (jede Partei kann verrechnen) u. 138 „eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle“. Vgl. dazu Haberstich p. 271 ff. Auch Brasil. 439 spricht dem belangten Schuldner nur das Recht zu, zu fordern, dass beide Forderungen „zur Kompensation und Gegenrechnung gebracht werden“.

[74a]) R.G. VII p. 245.

[75]) Dernburg p. 546 ff., Eisele p. 362 ff., jetzt auch Windscheid Not. 16. Zum Vortheil ist es dem Gläubiger z. B., falls er eine unverzinsliche Forderung, sein Schuldner eine verzinsliche Forderung an ihn hat. Vgl. auch Eccius Not. 68. (Feststellungsklage.) Ueber das Prozessuale überhaupt vgl. oben Not. 40 u. unten Not. 83; R.Civ.Proz.O. §§ 136, 274, 293, 491 u. 686; Puchelt, Komm. zu Art. 324 H.G.B., Mandry p. 280 Not. 8 u. p. 443 ff., Bähr, Urth. p. 161 ff.; neuestens Schollmeyer, Die Kompensationseinrede im deutschen Reichscivilprozesse 1884 (derselbe bezeichnet die Kompensationseinrede als unentwickelte Widerklage). R.G. VI p. 421 ff. (gegen die Gleichstellung mit der Widerklage).

Die aussergerichtliche Geltendmachung erfolgt durch Vertrag;[76]) die einseitige Erklärung ersetzt denselben nicht, obschon sie allerdings wie eine Zahlungsofferte wirkt, durch deren Nichtannahme der Gläubiger in Verzug kommt.[77]) Auch das blosse einseitige Ab- und Zuschreiben in den Büchern kompensirt an sich noch nicht; es bedarf vielmehr noch der wechselseitigen Anzeige.[77a]) — Die geltend gemachte Kompensation tilgt, in Höhe der sich deckenden Beträge, wie solutorische Zahlung („Abschlag ist gute Zahlung", „une dette paie l'autre"[77b]), und zwar wirkt sie ohne und gegen den Willen des anderen Theils bis auf den Zeitpunkt der Entstehung zurück.[78])

Vom Augenblick der Koexistenz ist jedes der sich gegenüberstehenden Forderungsrechte mit einer Einrede behaftet; innerhalb der sich deckenden Beträge braucht daher keiner der sich gegenüber stehenden Schuldner zu zahlen oder anzurechnen.[79]) Der Zinsenlauf ist von jenem Momente der Affektion an gehemmt, die Möglichkeit des Verzuges, der Verfall der Konventionalstrafen und die Verjährung sind ausgeschlossen; was in Unkenntniss der Kompensationsbefugniss gezahlt worden, kann zurückgefordert werden.[80])

Durch Unterlassung der Kompensation im Prozesse geht weder die Forderung

---

[76]) Gewöhnlich wird dieser Vertrag, die comp. in praeteritum, als „Kompensationsvertrag" bezeichnet; Dernburg nennt ihn p. 592 den eigentlichen Kompensationsvertrag. Eisele p. 229 Not. 22 empfiehlt dagegen die Bezeichnung „vertragsmässige Kompensation oder Kompensation durch Vertrag".

[77]) Windscheid Not. 15a. Uebereinstimmend Dernburg, Krug, Fuhr, auch Eisele p. 234 Not. 27.

[77a]) Bender p. 351, Marperger p. 417, Zipffel, tract. v. Wechs. p. 393 u. 403: Soll (datum) und Soll Haben (acceptum), alias Debet und Credit solenni regione invicem contrascribuntur, tamen pro compensatione non valent nec debita exiunde extinguuntur, cum ita more suo sibi mutuo annumerent, non ut solvant in extinctionem certi debiti, sed quasi novum sit creditum, debitorque semper declarare potest, in quam causam velit soluturum. „Rot. Florent. Dec. 3 n. 30. Rom. cons. 73. Vol. I Alex. cons 85 lib. 3 D. R. c. 4 p. 64." A. M. anscheinend Endemann § 125 bei Not. 36 („Unter Kaufleuten gelangt die Kompensation namentlich durch Ab- und Zuschreiben in den Büchern zur Erscheinung) in Verbindung mit Stud. I p. 455, wo auf Scaccia § 2 gl. 5 No. 55 und dessen umstrittenen Satz „scriptura obtinet vim solutionis" Bezug genommen ist.

[77b]) Vgl. Not. 4a; über die entgegengesetzten älteren Parömien vgl. oben Not. 15.

[78]) Motive zur R.Konk.O. p. 219 bezeichnen mit Recht diesen Satz als Gemeingut aller deutschen Rechtssysteme, Preussen § 300, 301, C. c. 1290, sächs. G.B. § 992. Ueber ipso jure compensari vgl. Windscheid Not. 4 u. 10 u. die Literaturangaben daselbst; vgl. noch R.O.H.G. VII p. 86, X p. 167.

[79]) Brinz Not. 4 u. 5. — Eisele p. 234, Windscheid Not. 16a.

[80]) Scaccia a. a. O. No. 425 (usuras, interesse seu aliam poenam), Ansaldus d. 93 No. 22 u. 23, Marperger p. 418, Windscheid Not. 5—9, Dernburg p. 585 ff., preuss. R. § 106 Not. 7, Eisele p. 269 ff. der jedoch gegen den Ausschluss der mora. Brinz Not. 6 ff., 39 ff., C. c. 1298, Argent. 969. 970, Laurent 457 ff. Die Verjährung der Forderungen wird durch die Koexistenz nicht ausgeschlossen; a. M. Brinz Not. 16, Dernburg p. 473 No. 3. Ueber die Nichtcessibilität der „rückwärts getilgten" Forderung vgl. Thöl, Entsch. p. 122.

noch die nachträgliche Geltendmachung derselben verloren;[81]) auch eine Vermuthung gegen die Existenz der Forderung, mit der man hätte kompensiren können, ist nicht berechtigt.[82]) Ebensowenig beseitigt die Verwerfung der Kompensationseinrede Mangels der formellen Bedingungen die spätere Geltendmachung der Forderung; wird dagegen die Existenz der Gegenforderung richterlich verneint, so steht späterer Geltendmachung die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen.[83])

Mit den durch Kompensation erloschenen Forderungen sind auch die accessorischen Verbindlichkeiten derselben erloschen.[83a])

Der Schuldner hat, was freilich sehr bestritten, das **Wahlrecht**, mit welcher von mehreren ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderungen er aufrechnen will.[84]) Die Grundsätze über die Aufrechnung einer Zahlung beim Vorhandensein mehrerer Forderungen gelten zwar nach vielen Partikularrechten,[85]) nicht aber gemeinrechtlich. Daher ist auch die Gegenforderung gegen den Willen des Schuldners nicht auf die Zinsrückstände der Hauptforderung, sondern auf das Kapital aufzurechnen.[86])

Der Kläger kann den Kompensationseinwand des Beklagten der Regel nach nicht durch die Replik zurückschlagen, dass er die zur Kompensation gestellte Forderung auf eine andere ihm gegen den Beklagten zustehende Forderung (auch nicht auf den nicht eingeklagten Theil seiner nur theilweise eingeklagten Forderung) verrechnen wolle.[87]) Von dieser Regel bestehen jedoch Ausnahmen, nämlich

---

[81]) R.G. VI p. 279 ff. Vgl. oben Not. 71, Argent. 970, Windscheid Not. 2 u. 11 ff.: er darf nur keinen Vortheil daraus ziehen, dass eine Kompensationseinrede bis dahin entgegen gestanden. — Eisele p. 225. Vgl. aber auch C. civ. a. 1299.

[82]) Im Index materiarum et conclusionum zu Ansaldus disc. leg. (1698) findet sich unter Kompensation die Schlussbemerkung: solvens, quod debet, omissa compensatione, praesumitur, quod non sit Creditor ejus, cui solvit; an der Stelle, auf die verwiesen ist (d. 45 Not. 25), handelt es sich darum, dass die Gläubiger „solidarunt computum currens absque ulla compensatione"; vgl. aber auch das summarium zu disc. 45 No. 25: „Creditor si quis esset, non est verisimile, quod se faciat debitorem."

[83]) § 293 Abs. 2. Civ.Proz.O. Struckmann u. Koch, Komm. p. 278 Not. 2, Windscheid Not. 13, Mandry p. 280 Not. 8, Dernburg, Lehrb. § 106 Not. 10.

[83a]) Massé 2326 ff., C. c. 1299, Argentina H.G.B. 969 u. 970.

[84]) Windscheid Not. 18—20. Dernburg p. 550 ff. schreibt dagegen dem Gläubiger der mehreren Forderungen die Wahl zu. Noch anders Brinz Not. 34 ff.; er lässt den Vertrag der Parteien entscheiden; andernfalls soll im Prozess anscheinend die Gegenforderung gegen den Gesammtbetrag der Forderungen, nicht aber gegen eine einzelne Forderung aufgerechnet werden; eine Prävention oder Priorität gebe es nicht; Kläger könne nur den Saldo einklagen (Not. 37). Vgl. noch Eisele p. 226 ff., 365.

[85]) Preuss. L.R. § 375, (R.O.H.G. IX p. 110 u. XV p. 105; R.G. VII p. 246). C. c. 1297, sächs. G.B. § 993 (R.O.H.G. VII p. 363 ff.), Dernburg p. 554, preuss. R. § 106 Not. 1, Eccius Not. 73, Puchelt a. a. O. Not. 10 f. Gleiches bestimmt Argentina H.G.B. 966; dasselbe behaupten auch für die Schweiz Schneider u. Fick (Not. 3 zu Art. 138).

[86]) R.O.H.G. XXV p. 38 ff. A. M. scheint Ladenburg in Buschs Arch. 42 p. 134.

[87]) R.G. VII p. 245, R.O.H.G. XII p. 289 der an sich richtige Satz „replicatio

a. für den Fall, dass bei Entstehung der eingeklagten Forderung die Kompensation als Einrede bereits begründet war,[88])

b. für den Fall der Konnexität der replicando geltend gemachten und der eingewendeten Forderung,[89])

c. für den Fall, dass eine andere Aufrechnung als die vom Verklagten eingewendete bereits vor dem Prozess durch Vertrag festgesetzt worden.[90])

12. Im **Konkurse**[91]) ist die Kompensationsbefugniss für den Konkursgläubiger, der zugleich Schuldner des Kreditors ist, insofern erweitert, als derselbe auch mit nichtfälligen, bedingten und, soweit nur eine geldwerthe Forderung vorliegt, auch mit ungleichartigen Forderungen aufrechnen darf.[92]) Mit dem Verzicht auf das Erforderniss der Fälligkeit hat die Konkursordnung nur einen Handelsgewohnheitssatz, der dem Kompensations- und dem kaufmännischen Deckungsrecht gemeinsam,[93]) sanktionirt und der Bedeutung der Kompensation als des stärksten Deckungsmittels Rechnung getragen.[94]) Die Geltendmachung im Konkurse erfordert keinen gerichtlichen Akt, weder Anmeldung im Konkurse noch Zuziehung der anderen Konkursgläubiger; es genügt vielmehr jede auch aussergerichtliche Erklärung gegen den Konkursverwalter. — Andererseits kann kein Schuldner des Kridars mit einer Gegenforderung aufrechnen, die er erst nach der Konkurseröffnung erworben, wenn auch der Anspruch auf den Erwerb schon vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war,[95]) ja

---

compensationis non datur". Der Satz besteht dagegen nicht nach preuss. R. (Dernburg, Preuss. R. § 106 Not. 74. Eccius Not. 88); vgl. R.O.H.G. IX p. 110, aber doch auch XV p. 107, gegen das v. Kraewel in Busch 33 p. 204 ff. u. 35 p. 264 sich mit Recht erklärt).

[88]) Windscheid Not. 21 ff.; gegen diese Ausnahme Brinz Not. 37 u. 33.

[89]) R.O.H.G. XIX p. 277, auch VII p. 367 und die dort Citirten. R.G. VII p. 245.

[90]) Vgl. R.O.H.G. XII p. 289 u. R.G. VII p. 245; daselbst wird angenommen, dass auch durch einseitige Erklärung des Klägers vor dem Prozess, eine andere als die später eingeklagte Forderung gegen die Gegenforderung des Verklagten aufrechnen zu wollen, ihn zur replica compensationis berechtige. Vgl. noch oben Not. 77, auch v. Kraewel in Buschs Arch. 35 p. 265.

[91]) Dass vom Konkurse aus die Kompensation in das gemeine Recht der römischen Bürger (abgesehen v. d. argentarii) und auch in das englische Recht Eingang gefunden, Dernburg p. 39 ff. u. 277, 429. Motive zur R.K.O. p. 225 ff., Daniel II p. 394, vgl. auch Gad p. 112 ff., Massé 2307—2317, oben Not. 15. u. Kosack in Z. f. H.R. XXX p. 322.

[92]) R.K.O. § 47, auch §§ 58 u. 60 u. dazu Motive p. 230—234, Eccius Not. 92, Dernburg, Lehrb. § 120 Not. 6 ff., Mandry p. 435. Auch die österr. K.O. § 20 ff. und das schweizer Obl.R. 136 gestattet die Verrechnung nicht fälliger Forderungen. Vgl. auch oben Not. 68. — Bedingte unverzinsliche Forderungen werden um das Interusurium gekürzt, suspensiv bedingte deponirt. R.K.O. §§ 58 u. 60, Wieding im Rechtslex. I p. 178, Ladenburg a. a. O. p. 136 ff. — Kosack p. 323. Sarvey in Z. f. H.R. 23 p. 394.

[93]) Vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Goldschmidt § 96 Not. 18 u. 22.

[94]) Goldschmidt § 83 Not. 3. Vgl. auch Motive p. 226, 227, Mandry a. a. O., Eccius Not. 88.

[95]) Die Ausplünderung der Masse durch frivolen Aufkauf von Passivforderungen soll verhütet werden; dass die Bestimmung neben diesem praktischen Zweck aber auch eine juristische Konsequenz, heben die Motive p. 236 treffend hervor. — Es

selbst dann ist die Kompensation ausdrücklich versagt, wenn Forderung und Gegenforderung zwar vor der Konkurseröffnung entstanden, also an sich kompensabel, der Schuldner des späteren Kridars aber bei dem fraudulösen Erwerb der Gegenforderung die Zahlungseinstellung oder den Antrag auf Konkurseröffnung kannte.[96]) — Mit der Aufhebung des Konkursverfahrens sind auch die konkursrechtlichen Beschränkungen und die (im Konkurse nicht geltend gemachten konkursrechtlichen) Erweiterungen der Kompensabilität wieder beseitigt; die Konkursbeschränkungen wirken im Falle eines Akkords jedoch auch nach Konkursaufhebung.[97]) — Der ausländische Konkurs hindert die Kompensation nicht.[98])

13. Das Recht zur Kompensation beruht entweder auf Gesetz oder auf Vertrag, dem pactum de compensando oder de nominibus compensandis.[99]) Dieser Vertrag ist formlos gültig, bedarf, sofern er auch nur für einen der Kontrahenten Handelsgeschäft ist, auch in dem Gebiet des preussischen Rechts keiner Schriftlichkeit.[100]) Er setzt weder Gleichartigkeit, noch Fälligkeit, ja nicht einmal Existenz der zu kompensirenden Forderungen voraus.[101]) In der Regel soll gerade für solche Fälle, in denen die Voraussetzungen der gesetzlichen Kompensationen nicht vorliegen, für einen oder beide der Kontrahenten das Kompensationsrecht gewonnen werden;[102]) im Konkurse sind sie nur soweit wirksam, als sie den Beschränkungen der §§ 48 und 49 nicht widersprechen.[103]) Das pactum de compensando begleitet oft den Abschluss anderer Verträge, z. B. als ausdrückliche Kompensationsklausel das Differenzgeschäft;[104]) zuweilen bildet es einen Theil eines anderen Vertrages.[105])

---

cessirt natürlich auch die Kompensation, wenn der Konkursgläubiger nach Konkurseröffnung Masseschuldner wird. § 48 Nr. 1, Ladenburg p. 139 ff.

[96]) R.K.O. § 48. Motive p. 234—238. Uebereinstimmend schweiz. Obl.R. 136 u. 137 (ohne Beschränkung auf die durch § 26 R.K.O. normirte sechsmonatliche Anfechtungsfrist), auch das englische, französische und dänische Recht. Vgl. noch Kosack p. 216.

[97]) Motive p. 238, v. Wilmowski zu § 45 Not. 4. Vgl. auch Massé 2315 ff., Dernburg p. 439 ff.

[98]) Puchelt, Komm. zum H.G.B. p. 185 Not. m., R.O.H.G. XV p. 8.

[99]) Dernburg p. 590 ff., Eisele p. 375; Goldschmidt § 83 nach Not. 2 nennt diese beiden Arten die „von Rechtswegen statthafte“ und die „vertragsmässige Kompensation. Unter Letzterer versteht dagegen Eisele p. 229, die Geltendmachung mittelst Vertrags, (comp. in praeteritum); vgl. oben Not. 76. Ueber das pactum de non compensando vgl. oben Not. 69 ff.

[100]) Eccius bei Not. 86, Dernburg § 106. Vgl. auch R.G. VI p. 254 u. v. Kraewel in Buschs Arch. 41 p. 70. — Die gleiche Formlosigkeit gilt auch für das p. de non compensando und für die vertragsmässige compensatio in paeteritum.

[101]) Eisele p. 375.

[102]) Ebendas. Dernburg p. 590 Not. 4.

[103]) Motive zur R.K.O. p. 218.

[104]) Vgl. Busch XX p. 180, XXII p. 212 ff., XIII p. 167, R.O.H.G. I p. 88 ff. Vgl. oben III § 279 Not. 5 ff.

[105]) Vgl. oben § 427 Not. 34 u. 64. (Vorschuss) u. unten § 448 (Scontration).

§ 447.

2. Die Girozahlung.[1])

1. Wenn mehrere Personen eine Kasse[2]) oder einen Schuldner[3]) gemeinsam haben, so können die gegenseitigen Baarzahlungen unter jenen Personen dadurch ersetzt werden, dass der Antheil des Zahlers an jener Kasse resp. seine Geldforderung an jenen Schuldner auftragsgemäss um die zu zahlende Summe vermindert, und dagegen der Antheil resp. die Geldforderung des zu Bezahlenden um die zahlende Summe vermehrt wird. Die Verminderung gelangt durch **Abschreiben**, die Vermehrung durch **Zuschreiben** auf den Rechnungen **(Folien, Konten)**, welche für jede jener Personen bei der gemeinschaftlichen Kasse oder von dem gemeinschaftlichen Schuldner geführt werden, vertragsmässig zum Ausdruck.[3a]) Jene Personen werden als **Kontoinhaber**, **Foliobesitzer**, **Bank-**

---

[1]) Literatur: R. Koch, Ueber Giroverkehr und den Gebrauch von Checks als Zahlungsmittel, 1878 (auch in Buschs Arch. 37 p. 85 ff.); derselbe s. v. Giroverkehr in v. Holtzendorffs Rechtslex. und in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 231 ff., 257 ff. Ferner: Straccha, Tract. de adjecto III Nr. 36, Scaccia § 2 gl. 5 No. 55, 63, § 1 qu. 7 p. 2, ampl. 3 Not. 10 u. 15, Marquard II c. 14 Nr. 36: Raph. de Turri, De camb. disp. 2 qu. 15 u. qu. 17, Marperger, Neueröffnetes Handelsgericht p. 144 ff., Raumburger, Justitia selecta p. 613 ff., Ludovici, Grundriss eines vollst. Kaufmannssyst. 2. Bd. 1768 §§ 110, 719 ff., Büsch, 3. Aufl. (v. Normann) I p. 24, II p. 23 ff., 31 ff., III p. 1 ff., 107 ff., 125—157, Martens § 33, Heise §§ 16 u. 33, Morstadt §§ 16 u. 33 C., Bender §§ 173—175, Pöhls §§ 127, 133 ff., Brinckmann § 142 III, Mittermaier, Privatr. § 567, Hillebrand § 125, Beseler § 220, Gad p. 116, Endemann § 136 IV, Thöl § 28 Nr. 7, Goldschmidt § 107, Gareis 2 Ed. § 73 III, Pardessus Nr. 30, 223, 236, Massé 2292 ff., Lyon-Caen 1326 u. 1373, Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen p. 31 ff., Kuntze, W.R. p. 33 u. 187, Wächter, Encykl. d. W.R. p. 473 ff., Endemann, Studien I p. 179, 324, 453, II p. 227, Lattes Il dir. comm. nella legisl. stat. p. 205 ff., Grünhut in s. Zeitschr. III p. 477 ff., Lastig in Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 138 ff., Hubner, Die Banken p. 63 ff., Nasse, Das venetianische Bankwesen im 14., 15. u. 16. Jahrh. im Jahrb. d. Nat.Oek. u. Stat. 34 p. 329—358, Jäger, Die ältesten Banken (1879) u. Suppl. (1881), Soetbeer, Beiträge u. Materialien zur Beurtheilung von Geld- und Bankfragen, 1855. Sachs, Die Abschaffung der hamburgischen Bankvaluta in Zeitschr. f. H.R. XVIII p. 510 ff., Baumeister, Privatr. der Stadt Hamburg p. 303 ff., Kleinwort im Arch. f. d. H.R. (1819) II p. 360 ff. — Roscher I § 123 und III § 62, Knies, Kredit II p. 215 ff., Jevons, Geld u. Geldverkehr. Leipzig 1876 p. 194 u. 257 ff., Hartung, Der Check- und Giroverkehr der deutschen Reichsbank 1880, Luwisch, Handb. des Giro- u. Chequeverkehrs. Wien 1878. Jetzt auch noch R. Koch, Abrechnungsstellen, 1884, auch in Z. f. H.R. XXIX p. 59 ff.

[2]) Goldschmidt bei Not. 6, Roscher I § 123. Kassenvereinigung: Es braucht nicht Geld oder Metall zu sein: auch Geldpapiere können ausreichen. Koch im Rechtslex. spricht von allgemein gangbaren Zahlungsmitteln.

[3]) Darauf deuten wohl Goldschmidts Worte a. a. O.: „Mehrere Personen haben eine gemeinschaftliche Kasse bei einem Dritten".

[3a]) Zu gleichem Resultat der Zahlungsersparniss können auch mehrere Personen gelangen, die statt des Schuldners einen für sie Rechnung führenden Gläubiger gemeinsam haben; an Stelle des Abschreibens von der Forderung des Zahlenden würde

Interessenten, Girokunden oder **Kunden** schlechthin bezeichnet; ihre gemeinsame Kasse resp. der gemeinsame Schuldner führt den Namen **Girobank, Girobankier.**[3b]) Das korrelative Ab- und Zuschreiben wird **Umschreibung** oder **Giro**[4]) genannt. Die durch auftragsgemässe Umschreibung ersetzte Baarzahlung heisst **Girozahlung**, auch Zahlung durch die Bank (per, in, a banco)[5]) oder Zahlung auf Girokonto,[6]) franz. **virement des parties.**[7])

2. Nicht ganz gleichbedeutend mit Girozahlung sind die Begriffe **Giroverkehr**[8]) und **Girogeschäft**; einerseits beziehen sich die beiden letzteren nur auf das

---

hier das Zuschreiben zur Schuld desselben, an Stelle des Zuschreibens zur Forderung des Bezahlten das Abschreiben von der Schuld des Letzteren treten; ja auch der Fall wäre denkbar, dass der gemeinsame Rechnungführende bei Beginn der Verbindung weder Gläubiger, noch Schuldner jener Personen ist, die Zahlung zwischen jenen Personen lediglich dadurch ersetzt würde, dass für den Zahlenden eine Schuld an den gemeinsamen Rechnungsführer, für den zu Bezahlenden eine eben so hohe Forderung gegen denselben konstituirt resp. gebucht würde. Vgl. auch unten bei Not. 56 ff. u. 83.

[3b]) In der Regel war derselbe durch Empfang von Depositen der Schuldner seiner Kunden geworden; zu Scaccia's Zeit war Depositar und Bank, Bankier identisch; vgl. § 1 qu. 7 p. 2 ampl. 3 No. 10: „quando depositarius seu, ut loquimur, Banchum".

[4]) Sprachlich bedeutet das italienische Wort giro den Kreis, Girobank also eine physische oder juristische Person, die für einen Kreis (von Kontoinhabern) durch Ab- und Zuschreiben Geldzahlungen vermittelt. — In Italien war es üblich, statt „umschreiben" den Ausdruck „girare le dette" zu gebrauchen (vgl. unten Not. 18). — Bei Orderpapieren ist Giro und giriren bekanntlich mit Indossament und indossiren gleichbedeutend.

[5]) Z. B. Ludovici § 110: Z. in banco oder per banco. — a banco z. B. bei Manzoni (Jäger, Suppl. p. 29). — Vgl. auch unten Not. 20.

[6]) Bei Goldschmidt vor Not. 6 scheint „Girozahlung" Gattungsbezeichnung zu sein, während „Z. durch die Bank" auf den Fall der reinen Girobank, „Z. durch Girokonto" aber auf den Fall eines gemeinschaftlichen Schuldners („einer anderen Bank") anscheinend beschränkt ist.

[7]) Pardessus 30 u. 223, Massé a. a. O., Lyon-Caen 1326. Sprachlich bedeutet virer, wovon virement abgeleitet, soviel wie wenden; dass es mit giro zusammenhängt, vermuthet Biener p. 138 Not. 1. Auch im Deutschen findet sich die Bezeichnung „Wenden der Partien" für die Girozahlung, vgl. Jäger p. 5 Note u. p. 20. Dass virement auch Skontration bedeutet vgl. Morstadt a. a. O. Not. 16 u. 179. Aeltere Ausdrücke sind: perscribere, rescribere (vgl. unten Not. 17); girare le dette vgl. Not. 4 u. unten Not. 18: wohl auch remittere pro solutione ad depositarium (Scaccia § 1 qu. 7 p. 2 ampl. 3 No. 15: „quando habent penes eundem depositarium pecunias proprio nomine depositas", vgl. auch Biener p. 31 u. Grünhut p. 484); partida di banco, partida di giro (vgl. Nasse p. 335 u. 354, venet. Ges. v. 1574) accomodatio scripturae oder litterarum vgl. Scaccia § 2 gl. 5 No. 55, Endemann, Stud. I p. 453. Dagegen bedeutet promissio in banco anscheinend jedes schriftliche Zahlungsversprechen des Bankiers, sei es nun durch Gutschrift in den Büchern (Biener p. 32) oder durch Verpflichtungsschein (Endemann, Stud. I p. 456 ff.). — In England scheint transfer of money in current account unsere Girozahlung zu bezeichnen; vgl. Koch, Giroverkehr p. 20 Not. 50; über das Verhältniss von Girozahlung zum „clearing", die Hartung p. 18 u. 27 nahezu gleichzustellen scheint, vgl. den nächsten §.

[8]) Er findet sich u. A. im Reichsbankges. § 13 Z. 7. Vgl. dazu Koch in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageh. p. 232 ff. Z. 5 u. 7, sowie im Rechtslex. p. 184, Wächter p. 473. Gareis a. a. O., Hartung p. 4 ff.

Verhältniss der Bank zum Kunden, während Girozahlung daneben auch auf das Verhältniss der beiden Kunden, für welche umgeschrieben wird, zu einander Bezug hat; andererseits ist die Girozahlung nur **ein** Girogeschäft; es gibt deren noch zwei andere, nämlich das Inkasso und die Baarzahlung für Rechnung der Girokunden;[9]) Giroverkehr aber ist der Inbegriff aller Girogeschäfte.

3. Der Giroverkehr bildet entweder den ausschliesslichen Geschäftsbetrieb des Unternehmers[10]) **(reine Girobank)** oder nur einen Geschäftszweig des auch auf sonstige Bankgeschäfte gerichteten Gewerbes (sog. **Depositenbank**).[11])

Unternehmer sind entweder a) die Kontoinhaber selbst, sei es als Sozietät,[12]) sei es als Korporation;[13]) oder b) dritte Personen, seien es öffentlichrechtliche Korporationen, z. B. Gemeinden oder der Staat,[14]) seien es Privatpersonen (Bankiers) oder privatrechtliche Korporationen (Banken). Zwischen den Kontoinhabern besteht in diesem Falle an sich keine gesellschaftliche Verbindung.[15])

4. Die Girozahlung durch Vermittelung des gemeinsamen Schuldners war schon dem Alterthume bekannt.[16]) In Rom insbesondere pflegten schon seit

[9]) Thöl a. a. O. Nach Koch in Zeitschr. f. H.R. a. a. O. steht bei der Reichsbank die Besorgung von Inkassos zur Gutschrift mit dem Giroverkehr nur „in Verbindung“; das Wesen des Giroverkehrs bestehe dort aber in der Annahme unverzinslicher Gelder, über welche der Einleger zu beliebigen Beträgen . . . jederzeit verfügen kann. Noch enger Hartung p. 4: „Es ist dies die Annahme der unverzinslichen Depositen, nach dem Sprachgebrauche der Reichsbank der Giroverkehr“. — Seit 1883 besorgt die Reichsbank jedoch an allen Bankplätzen die Inkassos für ihre Girokunden.

[10]) Unternehmer ist diejenige phys. oder jurist. Person, für deren Gewinn und Verlust der Giroverkehr mit den Girokunden gewerbsmässig betrieben wird. Morstadt Not. 180 nennt sie auch den Prinzipal; Martens a. a. O. spricht vom Grundherrn.

[11]) Die Bezeichnung Depositenbank ist nicht gerade glücklich gewählt, doch fehlt es an einem karakteristischen Namen, um den Gegensatz auszudrücken.

[12]) Eine solche Sozietät ist freilich minder wahrscheinlich, doch immerhin möglich. Die Möglichkeit einer solchen scheint Morstadt Not. 183 ff. zu leugnen; ihm ist allerdings darin beizutreten, dass die Hamb. Girobank keine Sozietät der Kontoinhaber gewesen (vgl. Not. 14), dagegen kann ihm nicht zugestanden werden, dass die verabredete Statthaftigkeit des beliebigen Austritts eines jeden Kontoinhabers (durch Rückziehung seines Depositum) die Vereinigung zu einem „drolligen monstrum von societas“ mache, ganz abgesehen davon, dass die Kontrahenten sich von vornherein verpflichten können, dass jeder eine gewisse unantastbare Reserve (a good balance) in der Kasse zu belassen hat.

[13]) In diesem Fall ist die Korporation der gemeinsame Schuldner der Kontoinhaber. Für eine solche Korporation scheint Soetbeer p. 42 die Hamburger Girobank zu erachten; denn er erklärt sie für „eine Privatanstalt, unter dem Schutze und der Aufsicht des Staates.“ Vgl. aber Not. 14.

[14]) So war Unternehmer der Hamb. Girobank „die erbgesessene Bürgerschaft“, Unternehmer der Amsterdamer Girobank die Stadt Amsterdam. Morstadt Not. 180. Auch Sachs p. 542 betont, dass die Hamburger Bank schon 1619 „zu einer öffentlichen (Staats-)Anstalt erklärt wurde“.

[15]) Morstadt Not. 185: „höchstens stehen sie in communio incidens“; bei den heutigen Depositenbanken auch nicht in einer solchen. Zweideutig Büsch III § 10 „und machen gewissermassen (?) eine geschlossene Gesellschaft aus“.

[16]) Goldschmidt Not. 6. Ueber die griech. Bankiers vgl. Kraut, De argent.

Plautus und Terentius Zeiten die argentarii, bei denen der grösste Theil des baaren Geldes der Römer deponirt war, die Zahlungen unter mehreren ihrer Geschäftsfreunde durch Umschreibung in ihren Büchern (mensae scriptura, scribere, perscribere, rescribere) zu vermitteln.[17])

Auch im Mittelalter und in den folgenden Jahrhunderten fanden sich zahlreiche Irregulärdepositen in Händen der italienischen Privatbankiers (campsores, bancherii), und auch hier kam man bald dazu, durch Umschreibungen in den mit Beweiskraft öffentlicher Urkunden ausgestatteten Büchern die deponirten Summen ganz oder theilweise auf andere Kunden jener Bankiers zu übertragen.[18])

Die Statuten zahlreicher italienischer Städte, insbesondere Florenz',[19]) Mailands, Monzas und Piacenzas, enthalten schon im 14. Jahrhundert Bestimmungen, dass die Girozahlung (pagamento in banco) der Baarzahlung als

---

p. 19 Not. 8 u. die Nachweisungen bei Roscher III § 56 Not. 1 u. § 60 Not. 7, Böckh, Staatshaushalt. der Athener I p. 139 ff., auch Fornari p. 13, Guillard, Les banquiers Athèniens et Romains 1875. Vgl. noch Danz in Iherings Jahrb. XIX p. 66 Not. 8.

17) Plautus, Captivi I 2, 89, Curculio I 2, 20, II 3, 65, III 3, 59 u. IV 3, 3. Aulularia III 5, 52, Asin. II 4, 30 ff., Truculent. V 1, 51 ff. — Terent., Phormio V 8, 29 ff.: sed transi, sodes, ad forum, atque illud mihi argentum rursum jube rescribi; (vgl. Zeitschr. f. vergl. R.W. I p. 123 ff.); Adelphi III 4, 13 und dazu Donatus: „Tunc enim in foro et de mensae scriptura magis quam ex arca domoque vel cista pecunia numerabatur". — Cicero pro Flacco c. 19, Philip. 5, 4, ad Att. 4, 18; 9, 12; 12, 51; 16, 2 (Zeitschr. f. engl. R.W. a. a. O.), Horat. Sat. II 3, 69, 75 u. 76. — Gellius, noct. 14, 2 (probari debere pecuniam datam . . . mensae rationibus). — Polybius XXXII e. 13. Vgl. überhaupt Sieber, De argentariis 1737 u. de argentariis eorumque imprimis officiis 1739, Huber, Disp. jur. de argentar. vet. 1739 u. 1740, Bauer, praes. Püttmann (1795) de scriptura mensae, ejusque cum negotio mercatorio, quod scontro vulgo vocant, comparatione. Kraut, De argent. et nummul. comm. (1826) p. 18, 24, 65. Savigny, Verm. Schriften I 230, Heimbach, Das Creditum p. 610, 615, Rudorff zu Puchta, Instit. III 102, Kuntze, Kursus § 671, Dernburg, Kompens. p. 23, Asher, Kompens. im Civilprozess 1863 p. 13, Grünhut in s. Zeitschr. III p. 478, Schlossmann, ebendas. IX p. 537, Fornari p. 12 ff., Marquard, Röm. Alterthümer III 2 p. 53 ff., auch oben § 433 Not. 15 ff. Auf die Aehnlichkeit der scriptura mensae cum instituto, quam vulgo eine Girobank vocare solent, weist bereits Bauer p. 17 hin unter Bekämpfung der von Anderen, bes. von Ernesti u. von Sieber § 13, behaupteten Analogie von Skontro und mensae scriptura.

18) Lattes in Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 151, Lattes p. 205, Grünhut p. 483 ff., Fornari p. 16. Vgl. auch oben § 433 Not. 18. Dass die Girozahlung auch im 15., 16. u. 17. Jahrhundert unter Kaufleuten ganz alltäglich war, lehrt auch Straccha (1555) a. a. O. Nachdem er Angel. zu l. 3 D. XIII 5 citirt, fährt er fort: quot ait notandum et subjicit (doch wohl der 1451 gestorbene Angelus) quotidie unus pro alio scribitur debitor in libris Mercatorum de voluntate creditoris, et sic Anconae, unde mihi (scil. Stracchas) origo est, frequentatur, et vulgari sermone Mercatores dicunt girare le dette, quod maxime praestat Mercaturae commodum. — Ueber die Beweiskraft des Bankierbuchs vgl. Endemann, Stud. I p. 455.

19) Lastig p. 153: constitutum artis lanae a. 1317 „fecerit emptor pretium . . . scribi apud aliquem ex campsoribus" u. p. 152 Statuta populi florentini nomine potestatis a. 1355 libr. II rubr. 41 „quod quilibet faciens scribi in libro tabulae sit absolutus de debito".

Schuldtilgungsmittel gleichstehe.[20]) Bedurfte es ursprünglich in Italien, wie auch wohl im alten Rom der persönlichen Anwesenheit des Zahlenden, um die Umschreibung herbeizuführen,[21]) so kamen doch bald schriftliche Umschreibungsordres in Uebung;[22]) wenigstens finden sich in einem venetianischen Gesetze von 1421 sog. **contadi di banco** erwähnt, die auch zur Uebertragung des Guthabens und damit wohl auch zur Umschreibung gedient haben.[23]) Der Umschreibung durch die Privatbankiers folgte die Entstehung öffentlicher (städtischer, staatlicher) Girobanken, als deren erste man wohl den venetianischen banco di Rialto vom 11. April 1587 zu erachten hat, dem 1619 der banco Giro ebendaselbst hinzutrat.[24])

Die Vervollkommnung der Girobank ist vorzüglich der Amsterdamer Wechselbank von 1609 und der Hamburger Girobank von 1619 zu verdanken.[25])

---

[20]) Lattes a. a. O. u. p. 226 Not. 60 (Mailand 1396, Monza 1331, Piacenza 1346 u. 1401).

[21]) Stat. pop. flor. 1355 (vgl. Not. 19): „presente et volente creditore statim liberatus sit." Lattes p. 227 Not. 62.

[22]) Lattes p. 205 „assegni e d'ordini di pagamento e di giro".

[23]) Lattes p. 206 „o di trasmettere ad altri". Möglicherweise haben sie freilich nur die Auszahlung, nicht die Umschreibung an den Giratar bezweckt; Lattes erklärt es nur als „probabilmente", dass sie die Form von „mandati di pagamento" gehabt. Erwägt man jedoch die vielfachen Klagen und Verbote behufs der Unsitte der damaligen Bankiers, der Auszahlung sich zu entziehen und die angewiesene Summe schuldig zu bleiben (Nasse p. 343), so dürfte man wohl unter jenen contadi di banco, zumal, wenn der Giratar auch Kunde des nämlichen Bankiers war, nicht lediglich Zahlungs-, sondern auch Giroanweisungen zu verstehen haben. Vgl. auch unten Not. 71. Fornari p. 16 bezeichnet die contadi di banco als fedi di deposito, worunter wohl Depositalscheine (Quittungen des Bankiers über das Depositum) gemeint sind.

[24]) Früher herrschte die Meinung, dass die öffentlichen Girobanken mehrere Jahrhunderte älter seien; so datirt mit vielen Anderen auch Biener „die älteste bekannte Umschreibbank zu Venedig" v. J. 1171; vgl. jedoch Nasse a. a. O. (auf Grund von Lattes, La libertà delle banche, Venezia 1869), sowie Ad. Wagner in Schönbergs Handb. p. 322, auch Fornari p. 17. Dagegen neuerdings Jäger, Supplemente p. 8, 11 u. passim. — Jäger stützt sich hauptsächlich darauf, dass Lucas Paccioli 1494 in seinem Buchhaltungstraktat bereits der Banken von Venedig, Barcelona, Brügge, Antwerpen und anderer berühmter Handelsplätze Erwähnung thut; ob jene Banken Paccciolis aber Staatsbanken und nicht Privatbankiers gewesen, scheint doch zweifelhaft. Jäger selbst gibt bezüglich der 6 ältesten Girobanken p. 30 ff. folgende chronologische Zusammenstellung. 1) Venedig 1156, 2) Barcelona 1349, 3) Genua 1407, 4) u. 5) Brügge und Antwerpen vor 1494, 6) Mailand 1593. Wie Wizniewski, Hist. de la banque de St. Georg 1865 p. 128 ff. nehmen jedoch auch Nasse, Roscher III § 62 Not. 1 und Wagner a. a. O. an, dass der Genueser banko S. Giorgio erst seit 1675 Girobank geworden. Ueber die Banken von Genua, Mailand und Neapel vgl. noch Fornari p. 18—27. Ueber Genua auch Knies II p. 225 ff. und die daselbst Citirten.

[25]) So Goldschmidt Not. 6. Vgl. über diese beiden Banken besonders die Not. 1 citirten Schriften von Marperger p. 452—478. Büsch, Pöhls, Soetbeer; über Amsterdam speziell noch Mees, Proeve eener geschiedenis van het bankwezen in Nederland 1838, über Hamburg noch Baumeister, Kleinwort und Sachs a. a. O., sowie Jäger p. 32 ff. und die Mittheilung von Jacobj in Wächters Encyk. p. 474 ff.

Die Amsterdamer Bank ist nicht italienischen Vorbildern nachgebildet;[26]) sie wurde von der Stadt geschaffen, um durch Münz- und Metalleinlagen, auf die der Einlegende anweisen könne, „aller Verwirrung im Münzwesen zu wehren".[27]) Gleiche Münznoth führte zur Gründung der Hamburger Bank nach dem Muster Amsterdams. In beiden Städten war der Girobank die Zahlung durch Anweisungen auf gemeinschaftliche Kassirer vorangegangen.[28]) Durch die Beschränkung auf das Umschreibungsgeschäft ist es der „reinen" Girobank begriffsmässig versagt, die von den Girokunden deponirten Münzen resp. Barren[29]) anzugreifen und zu anderen Bankgeschäften zu verwenden; das depositum der Girokunden soll bei ihr nur ein reguläres sein.[30])

Mit der Verbesserung der Münzverhältnisse ist zwar ein Hauptgrund der Begründung und Erhaltung reiner Girobanken hinweggefallen,[31]) nicht aber das Bedürfniss des Ersatzes der Baarzahlung durch Umschreibung. Diesem Bedürfniss[32])

---

[26]) Soetbeer p. 7; dagegen behauptet Jäger p. 31 ff., dass höchst wahrscheinlich Amsterdam sich sein Vorbild indirekt aus Italien und zwar über Antwerpen geholt habe; die beigebrachten Argumente Jägers sind jedoch nicht zwingend; denn, dass Paccioli 1494 von einer grossen Bank in Antwerpen spricht, beweist weder, dass sie 1609 noch bestanden, noch, dass sie auf italienischem Vorbilde beruht, noch dass sie von der Amsterdamer nachgeahmt worden; Entlehnungen des Wechselrechts aber lassen eine Schlussfolgerung auf Entlehnung der Bankorganisation nicht ohne Weiteres zu. Vgl. auch Not. 27. Dass Amsterdam nach venet. Muster errichtet, behauptet auch Mac Culloch; vgl. Knies p. 227. Als more Veneto gegründet gilt die 1621 gegründete Nürnberger Girobank (vgl. Zeiler bei Roscher § 62 Not. 1); vgl. Marperger p. 479, 480, Raumburger p. 342 ff. u. 613—616 und jetzt besonders Poschinger.

[27]) Verordn. v. 31. Januar 1609. Dass die ältesten venetianischen Girobanken nicht zur Valutaverbesserung gegründet worden, hebt Nasse p. 355 hervor; die Verschiedenheit des Gründungsanlasses spricht gegen die Annahme der Nachahmung Italiens (vgl. Not. 26).

[28]) Soetbeer p. 5 ff. u. 10, Sachs p. 542. Vgl. auch Roscher § 60 Not. 8 u. 62 Not. 1, sowie Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 129 ff.

[29]) Bei der Hamb. Bank bestand die Valuta seit 1770 resp. 1790 ausschliesslich in Silberbarren, welche von der Bank auf ihren Feingehalt geprüft und gestempelt wurden; dieser Valuta entsprach das ideale Bankgeld: die Mark Banko. R. Koch im Rechtslex.; vgl. auch bei Soetbeer p. 23 ff., Sachs p. 545 ff.

[30]) Ueber die Missbräuche der Praxis vgl. Roscher § 62 Not. 13—15 u. a. E. (seit 1740 hatte die Amsterdamer Bank insgeheim Darlehen gewährt; die Entdeckung erfolgt erst 1795; auch die Hamburger Bank hat eine Zeit lang Kornhandel betrieben, Juwelen lombardirt und sich 1857 sogar zur Beleihung von Werthpapieren ermächtigen lassen).

[31]) Die letzte reine Girobank Hamburg hat die deutsche Münzkalamität überdauert und erst in Folge des Uebergangs zur Goldwährung und der Bankreform des deutschen Reichs 1875 zu existiren aufgehört. Sachs p. 554 ff., Jäger p. 33 ff., Wächter Not. 4. Alle anderen reinen Girobanken sind vor dem 19. Jahrhundert erloschen (Roscher § 62).

[32]) Die Bedeutung der Girobank in dieser Richtung ist schon früh erkannt worden; vgl. z. B. die Rede des venetianischen Senators Contarini v. J. 1585 (Nasse p. 349); die Statuten der Mailänder Bank des St. Ambrosius v. 1698 I c. 7 (bei Jäger p. 51) und die 12 Argumente für Errichtung einer sog. Korrentbank bei Raumburger p. 612 ff. (nach Phoonsen's wissel-styl c. 41). Neben den allgemeinen Vortheilen, die

genügen gegenwärtig in Deutschland Privatbankiers, Aktienbanken[33]) und im eminenten Grade die Reichsbank. Die letztere besonders, die errichtet worden, um neben anderen Aufgaben auch „die Zahlungsausgleichungen zu erleichtern“, vermittelt mittelst Umschreibung die gegenseitigen Zahlungen ihrer Girokunden in Höhe von mehreren Milliarden alljährlich und zwar nicht nur am Platze, sondern durch ein weitverzweigtes Netz von Niederlassungen auch zwischen etwa 200 Bankplätzen des deutschen Reichs[34]) und zwar kostenfrei. Hierdurch ist der noch von **Büsch**[35]) wiederholt als vergeblich bezeichnete Plan, einem grossen Staat eine für den ganzen Staat erfolgreich wirkende Girobank zu geben, dem Wesen der Sache nach (wenn auch nicht in der Form der reinen Girobank mit Regulardeposit), verwirklicht, ganz Deutschland aber nach einem oft citirten Wort[36]) **„ein** Giroplatz“ geworden.

5. Die Girozahlung hat den **Girovertrag** (Girokonto-Eröffnungsvertrag)[37]) zur Voraussetzung. Derselbe wird zwischen der Bank (dem Bankier)[38]) und dem zukünftigen Girokunden unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen, dass die Bank analoge Verträge noch mit anderen Personen abschliesst.[39]) Der Vertrag ist, weil mindestens für denjenigen, der die Zahlungsvermittelungen durch Umschreibung vorzunehmen verspricht, Handelsgeschäft,[40]) die formlos giltig.

---

jedes Zahlungssurrogat und die das Bankdepositengeschäft (§ 433 Not. 23 ff.) gewährt, bietet die Umschreibung noch den ganz besonderen Vortheil der sicheren Beweisbarkeit der Zahlung, sie erspart nicht nur die Baarzahlung, sondern auch die Quittung. Vielfach wurde auch der Girozahlung nachgerühmt, dass sie die der Skontration und Assignation anhaftenden „Verwirrung und Zweifel“ nicht nach sich ziehe. Vgl. Raumburger p. 342 u. 612.

[33]) Insbesondere die Bank des Berliner Kassenvereins, die Deutsche Bank, die Diskontogesellschaft (R. Koch, Bedürfniss eines Checkges. 1883, p. 19), die Frankfurter Bank, die Norddeutsche Bank, die Vereinsbank, die Kommerz- und Diskontobank in Hamburg. (Wächter a. a. O. Not. 7.) In Oesterreich wird der Giroverkehr wesentlich nur von 5 Wiener Instituten (dem Giro- und Kassenverein, der k. k. priv. österr. Kreditanstalt für Handel und Gewerbe, der niederösterr. Eskomptegesellschaft, der Oesterr.-Ungar. Bank u. der anglo-österr. Bank) gepflegt. Vgl. z. B. Luwisch p. 34.

[34]) 1882 resp. 1884 betrug die Zahl der Girokunden der Reichsbank 5646 resp. 6537; der Gesammtumsatz der Uebertragungen am Platze sowohl, als auf andere Bankstellen circa 20 resp. 34 Milliarden Mark. Vgl. die Tabelle bei Koch, Abrechnungsstellen nach p. 80 resp. Verwalt.Ber. der Reichsbank für 1884. — Die gesammten virements der Banque de France betrugen im nämlichen Jahre sogar beinahe 37 Millionen Frcs.; vgl. Lyon-Caen Nr. 1327 Not. 1, auch Nr. 1405.

[35]) Büsch III (über Bank- und Münzwesen §§ 8 u. 62). Aehnlich Rau, Verw.B. § 294.

[36]) Es steht im ersten Verwaltungsbericht der Reichsbank, vgl. Koch, Abrechnungsstellen p. 21, Hartung p. 4 ff., 16 ff.

[37]) Gareis p. 474.

[38]) Möglich, doch heute wohl kaum praktisch, ist indess auch der Fall, dass mehrere Personen unter einander einen Giro-Sozietätsvertrag abschliessen; vgl. oben bei Not. 12.

[39]) Es genügen im äussersten Falle zwei, nicht, wie zuweilen gelehrt wird, drei; der Bankier ist der Dritte.

[40]) Thöl a. a. O., Goldschmidt § 53 Not. 4 b. Schon der J.R.A. v. 1654 § 107 bestimmt, dass Bankosachen nach Kaufmannsgebrauch summarisch dezidirt werden (Marperger p. 479).

Der Vertrag wird oft mit einem Kontokorrentvertrage sich verbinden; nöthig ist dies jedoch nicht, da die dem letzteren essentielle Absicht periodischer Abrechnung[41]) fehlen kann. Der Vertrag kann ausdrücklich,[42]) aber auch stillschweigend geschlossen werden.[43])

Durch den Vertrag übernimmt der Bankier die Verpflichtung, dem Kunden ein Folium zu eröffnen, demselben auf Anweisung anderer Kunden[44]) zuzuschreiben und von demselben, innerhalb der verabredeten Grenzen, zu Gunsten anderer Kunden abzuschreiben.[45]) Für den Kunden besteht jetzt[46]) ohne ausdrückliche Abrede kein **Zwang**, seine Zahlungen durch die Bank zu machen resp. einzuziehen.[47]) Eine Entschädigung für die Umschreibung pflegt sich

---

[41]) Levy-Riesser p. 79, dem Franklin im Arch. f. civil. Prax. 68 p. 142 beitritt. In Hamburg bestand zwar die Verpflichtung, dass die Bankinteressenten „alle neue Jahr auch wieder auff's neue sich einstellen, und wie es in Banco heisst, accordiren, und für das neue Jahr ein neues Folio sich müssen geben lassen." (Marperger p. 465, vgl. auch Soetbeer p. 91 ff.) Dies Jahr war aber anscheinend doch nur ein Zeitmaximum, innerhalb desselben der Kunde immerhin durch Herausziehen oder Umschreiben des ganzen Guthabens beliebig das Vertragsverhältniss lösen konnte. In Nürnberg bestand ein solches zweijähriges Maximum (Raumburger p. 614). Vgl. auch Bestimmungen der Reichsbank (Koch, Abrechn.Anhg. 1 Z. 9). „Verfügt er (der Kontoinhaber) über sein ganzes Guthaben, so drückt er damit die Absicht aus, sein Konto zu schliessen"; eine Pflicht, den Ablauf der rechnungsmässigen Periode abzuwarten, besteht sonach nicht.

[42]) Zuweilen z. B. bei der Reichsbank, dem Wiener Giro- und Kassenverein, ist vom zukünftigen Kunden nicht nur die Offerte schriftlich zu machen, sondern auch nach Annahme derselben Seitens der Bank deren Giroreglement zu unterzeichnen. Gareis Not. 15, Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 427 ff., III p. 78, Koch, Abrechn.Anhang 1 a. E.

[43]) So z. B. wenn ein Girokunde beantragt, einer Person, die noch kein Konto besitzt, unter Eröffnung eines Kontos Geld gutzuschreiben, und Letztere, ohne Widerspruch zu erheben, dies wissentlich geschehen lässt, — oder durch Begehr resp. Empfangnahme eines Buchs mit Giroanweisungsformularen eines Bankiers.

[44]) Die Reichsbank nimmt darüber hinaus auch von Personen, welche selbst ein Girokonto nicht besitzen, baare Einzahlungen zur Gutschrift auf das Konto eines auswärtigen Girokunden (im Minimalbetrage von 100 Mk.) an, jetzt gegen Gebühr; Einzahlungen zur Gutschrift am Platze gebührenfrei.

[45]) In Venedig waren wiederholt (1421, 1524, 1526) Strafdrohungen nöthig gegen die Bankiers, die sich weigerten, denjenigen gutzuschreiben, von denen sie fürchteten, dass sie das zugeschriebene Guthaben nicht stehen lassen, sondern aus der Bank ziehen würden. Nasse p. 343.

[46]) Anders bei den alten öffentlichen Girobanken; so bestimmten 2 venetian. Ges. v. 1574, dass alle Wechselbriefe und Handwechsel nicht gegen baares Geld, sondern gegen Bankumschreibung bezahlt werden sollen. (Nasse p. 354); über Amsterdam (1609, Girozwang für Wechsel über 600 fl.) vgl. Soetbeer p. 7; in Hamburg ist der Girozwang, der ursprünglich für Wechsel über 400 M., später 100 M., bestand, i. J. 1848 aufgehoben worden. Soetbeer p. 12, 15 u. 42; in Nürnberg bestand Girozwang für Wechsel über 50 fl. und Waarenforderungen über 200 fl. (Raumburger p. 342 ff.) De lege ferenda für den Girozwang Marperger p. 450.

[47]) Bei der Reichsbank besteht auch jetzt, im Gegensatz zu anderen grossen Landesbanken, noch kein direkter Girokontozwang: nur bezüglich ihrer Accepte sind, und auch das erst neuerdings, die Kunden zur Domizilirung bei der Reichsbank,

der Bankier der Regel nach nicht auszubedingen;[48]) ihr Aequivalent besteht bei den modernen Depositenbanken zumeist in der Zinslosigkeit[49]) oder dem niedrigen Zinsfuss, zu dem die eingezahlten Kapitalien der Kunden, die erfahrungsgemäss nur zu einem kleinen Theile baar ausgezahlt zu werden brauchen, bei ihm stehen bleiben.[50])

Spezielle Eigenschaften des Girokontrahenten fordert das heutige Recht nicht mehr; weder bedarf es heute einer Konzession für den Bankier, noch der Kaufmannseigenschaft für den Kontoinhaber;[51]) dass einzelne Banken auch heute noch nur Ortsbürger als Kunden zulassen,[52]) ist nur ein Ausfluss ihrer Freiheit, Vertragsofferten abzulehnen.

6. Ausser dem Girovertrag setzt die Eröffnung des Foliums noch der Regel nach ein **Girodeposit** voraus. Dies wird entweder durch Münz- oder Metalleinlage als **hineingezahltes Deposit**[53]) reell oder durch Zuschreibung vom Konto eines älteren Girokunden[54]) oder durch eine beliebige fällige Geldforderung

---

resp. bei einem der mit ihr in täglicher Abrechnung stehenden Bankhäuser verpflichtet. Koch, Abrechnungsstellen p. 24 ff. u. Not. 46. Dass bei der Reichsbank die Kaufsumme der diskontirten Wechsel und die Lombarddarlehnssumme den Girokunden nicht sofort baar ausgezahlt, sondern auf Girokonto zunächst gutgeschrieben werden, vgl. oben § 433 Not. 31.

[48]) Vgl. z. B. Geschäftsordnung des Wiener Giro- und Kassenvereins Art. 6 (keinerlei Provision, nur Pflicht zur Vergütung der Stempelgebühr). Auch die Reichsbank erhebt keine Provision. Einzelne alte Girobanken erheben dagegen Gebühren für Eröffnung jedes neuen Konto, z. B. Amsterdam 10 fl. pro pauperibus; Raumburger p. 609.

[49]) Zu weit geht wohl Gareis p. 475, wenn er die Einzahlung des unverzinslichen Geldbetrags unter die juristischen Elemente des Giroverkehrs stellt.

[50]) Koch, Giroverkehr p. 24, oben § 433 Not. 25.

[51]) Dieselbe war schon in Hamburg nicht erfordert, nur Bankbuchhalter und Mäkler waren unbefugt; vgl. Morstadt bei Not. 182.

[52]) Z. B. Wiener Giro- und Kassenverein Art. 2, österr. Kreditanstalt § 1, Eskompteges. § 1. — Die Hamb. Girobank liess zwar statutarisch nur Hamb. Bürger zu; Verbot der Rechnung für Fremde bei Soetbeer p. 93 Art. 31; doch wurde ganz ausnahmsweise einmal auch ein verdienter Nichthamburger zugelassen (vgl. das Bankoattest von 1686 bei Marperger p. 461 ff.); im übrigen gab es ein Auskunftsmittel: „wer kein Konto hatte, bediente sich zu seinen Baarzahlungen eines Bankointeressenten, gewöhnlich eines sog. Geldwechslers, welche meist eine grössere Anzahl kleiner Geschäftsleute zu ihren regelmässigen Kunden hatten, deren jedem seine fortlaufende Konto unter der des Bankinteressenten bestellt wurde. („N. N. hat seine Bankkonto unter . . . .")" So Jacobj bei Wächter p. 474 Not. 3; vgl. über dies Verhältniss auch Pöhls, Bender, Baumeister u. Kleinwort a. a. O., auch Thöl, Entsch. p. 152 ff. — Der Girokunde der Reichsbank braucht nicht am Sitz der Reichsbankstelle zu wohnen. Hartung p. 44.

[53]) Oben § 433 Not. 30. — Nur diesen Normalfall hat Gareis p. 475 im Auge. Auch Jäger, Suppl. p. 88 hält am Erforderniss des Depositums für den Giroverkehr fest. Vgl. aber u. A. Jevons p. 260 „ja, wenn die Geschäftstreibenden niemals Zahlungen an entfernten Orten zu leisten hätten, so liesse sich auch ganz ohne Metallvorrath auskommen".

[54]) Soetbeer p. 42, Baumeister p. 303.

(Guthaben) des zukünftigen Kunden an den Bankier,[55]) oder auch wohl fiktiv durch gedeckte oder ungedeckte Kreditgewährung des Bankiers begründet **(Kreditdepositum)**.[56]) — In letzterem Falle wird der Kunde zumeist auf seinem Hauptkonto in Höhe der kreditirten Summe belastet, gleichzeitig aber auch auf dem separat geführten Girokonto in Höhe jener Summe kreditirt, so dass auch in diesem Falle, in dem doch der Bankier Gläubiger des Kunden, der Schein gewahrt bleibt, als ob der Bankier Schuldner eines jeden Girokunden sei.[57]) Ein illimitirter Kredit wird praktisch kaum vorkommen.

Alle jene Mittel, die zur Begründung des Deposits bei Folieneröffnung möglich, können auch zur Erhaltung resp. Erhöhung desselben im Laufe des Giroverkehrs verwendet werden. Die kreditweise Zuschreibung Seitens der Bank (unter gleichartiger Belastung des Hauptkontos) wird als **Akkomodation** oder **Alimentation** des Girokontos bezeichnet.[58])

Ist das volle oder fiktive Girodeposit durch Abschreibungen aufgezehrt, so ist jede weitere Girozahlung ausgeschlossen; freilich scheint hie und da die „Ueberziehung" in beschränkten Grenzen tolerirt zu werden,[59]) während bei anderen Banken korrekter Weise jede Ueberziehung Nichthonorirung des Auftrags und Abbruch des Giroverkehrs,[60]) auch wohl den Verfall von Konventionalstrafen[61]) zur Folge hat. Nicht ganz selten ist sogar ein bestimmter Theil des Deposits vertragsmässig von der Umschreibungsberechtigung des Kunden ausgeschlossen;[62]) auch findet sich die Beschränkung, dass der Kunde nur Summen, die ihm wenigstens eine gewisse Zeit[63]) zugeschrieben standen, anderen zuschreiben lassen darf.

---

[55]) Z. B. Kaufgeldforderungen, besonders für diskontirte Wechsel, vgl. oben Not. 47 a. E., Büsch a. a. O. § 18.

[56]) Oben § 433 Not. 31; vgl. auch Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 452 ff., III p. 79, Not. 4.

[57]) Vgl. Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 459 Not. 29.

[58]) A. a. O. Not. 28 u. 31. Umschreibungen durch die Banken auf Grund von Kredit müssen schon 1307 in Florenz nicht ganz selten vorgekommen sein; vgl. const. artis lanae, Rubr. II „quibus et pro quibus credere et scribere voluerint" und dazu Lastig a. a. O. p. 153, 154; dass es in Venedig im 15. und 16. Jahrhundert unter den Bankiers ganz üblich gewesen, kreditweise ihren Kunden zuzuschreiben (scripturae accomodare), beweisen die dagegen gerichteten Verbote von 1421, 1450 und 1467, sowie Contarinis Rede bei Nasse p. 337 ff.

[59]) Das darf wohl aus der Toleranz gegen die Ueberziehung mittelst Check gefolgert werden. Vgl. Zeitschr. f. vgl. R.W. I Not. 25—27 und die dort Citirten; vgl. übrigens auch Koch, Giroverkehr p. 25 Not. 57.

[60]) So die Reichsbank; Koch, Abrechnungsstellen, Anhang Ziff. 9.

[61]) 3 % Strafe nach dem Hamb. Reglement von 1619 Z. 9 u. v. 1710 Art. 11 (Soetbeer p. 91, 92). Ueber Venedig 1593 vgl. Nasse p. 354. Unter Umständen kann die Ueberziehung überdies einen Betrugsversuch darstellen.

[62]) Koch, Giroverkehr p. 24, Hartung p. 58 ff.; die Reichsbank spricht auch in ihren neuen Bestimmungen (Z. 12) ohne ziffernmässiges Minimum nur die Erwartung aus, die allerdings durch Vorbehalt des Abbruchs des Verkehrs einen kräftigen Nachdruck erhält, dass die Girokunden ein der Mühwaltung entsprechendes baares Guthaben halten werden; vgl. auch Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 458 Not. 24.

[63]) Hamb. Regl. v. 1710 Art. 13: „eine Nacht".

7. Die Girozahlung erfordert einen **Auftrag** des Kunden, von dessen Folio abgeschrieben werden soll. Dieser Auftrag kann der Bank mündlich oder schriftlich ertheilt werden. Um Täuschungen vorzubeugen, haben ältere Girobanken auf der persönlichen Anwesenheit beider Parteien[64]) oder doch des Zahlenden lange bestanden und nur unter erschwerenden Förmlichkeiten eine Vertretung durch Bankoprokuristen hierbei zugelassen.[65]) In der Gegenwart bedarf es in der Regel der persönlichen Auftragsertheilung nicht; es genügt die schriftliche **Umschreibungs-** oder **Giroanweisung,**[66]) auch **rother Check,**[67]) **Uebertragscheck,**[68]) ehemals auch **Abschreib-** oder **Bankozettel,** oder Bankoabschreibzettel,[69]) franz. **mandat rouge,**[70]) **bon** oder **mandat de virement** genannt.[71])

---

[64]) So in Venedig 1526 (Nasse p. 334, Jäger, Suppl. p. 21) und in späterer Zeit auch in Genua.

[65]) In Hamburg musste der Zahlende bis zur Auflösung der Girobank in Person oder durch speziell dazu (nur auf ein Jahr und ohne facultas substituendi) Ermächtigten den Bankzettel (d. h. den schriftl. Auftrag) einreichen; um die Handschrift kümmerte sich die Bank gar nicht (Soetbeer p. 42): nur ganz exzeptionell wurde das Privileg schriftlichen Einsendungsrechts ertheilt; vgl. Attest v. 1686 bei Marperger p. 465. — Ebenso war persönliches Erscheinen nöthig in Amsterdam, Raumburger p. 608. In Nürnberg sollten alle Ueberweisungen oder Ab- und Zuschreibungen in dem banco personaliter und mündlich geschehen, jedoch desswegen nicht allezeit die conjunctio debitoris und creditoris in uno eodemque tempore nöthig sein, es wäre denn wegen eines Saldo oder Rests zu thun. — In casu impedimenti legitimi aber . . kann solches per schedulam debitoris subscriptam sigillatam geschehen. Raumburger p. 614.

[66]) Koch, Giroverkehr p. 23 und passim „eigentliche, reine Giroanweisung". Der Name Giroanweisung ist freilich zweideutig, da er auch für Geldpapiere gebraucht wird, die eine Bank über den Belauf des Metallguthabens ihren Kunden resp. Bankbetheiligten auf sich ausgibt oder acceptirt, m. a. W. für Bankdepositenscheine und acceptirte Checks. Vgl. Goldschmidt p. 1226, Endemann, H.R. p. 655 Not. 16, Wagner, Zettelbankpol. 396, Koch p. 10 u. 47.

[67]) So bei der Reichsbank; vgl. oben II p. 131 Not. 3. Zu weit gehen Hartung p. 18 u. 54, sowie Gareis p. 477 Note, wenn sie die rothen Checkformulare als durchaus originell und dem deutschen Bankverkehr eigenthümlich bezeichnen; auch das mandat rouge der Banque de France (vgl. Not. 70) ist eine Giroanweisung; ja schon die alten Hamburger Bankzettel (vgl. unten das Formular Not. 73) sind (für den Lokalverkehr) die Vorläufer des rothen Checks. Der Name „rother Check" ist ungeeignet; denn der rothe Check ist kein Check, wenigstens fällt er nicht unter den Begriff, den die Heimathsländer des Checks mit diesem Namen verbinden. Vgl. Koch, Abrechnungsstell. p. 25: „der nur uneigentlich Check genannte rothe Check"; auch Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 439 ff.: immerhin fällt er aber unter die Definition, die das deutsche Wechselstempelgesetz v. 10. Juni 1869 vom steuerfreien Check gibt.

[68]) Geschäftsordnung des Wiener Giro- und Kassenvereins Art. 20 Z. 4. Gegen den Ausdruck spricht die Not. 67 angegebene Erwägung, dass das Papier kein Check ist.

[69]) Raumburger p. 609, Soetbeer p. 42, Jacobj p. 474.

[70]) So bei der Banque de France. Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 149 Not. 9, Lyon-Caen 1326.

[71]) So belg. Ges. v. 20. Juni 1873 Art. I. Namur p. 504. — Ueber die cedole d. Mailänder St. Ambrosius-Bank vgl. Jäger, Suppl. p. 41, über die ordini di giro und contadi di banco Venedigs oben Not. 22 u. 23.

Soweit nicht vertragsmässig anders vereinbart, sind für dieselben erforderlich und ausreichend:

1. Die Angabe des Namens oder der Firma der Bank, welcher der Auftrag ertheilt wird.

2. Der Auftrag ab- und zuzuschreiben.

3. Die Angabe des Namens oder der Firma, welcher zugeschrieben werden soll.

4. Die Unterschrift des Ausstellers.

5. Die umzuschreibende Summe.[72])

Orts- und Zeitdatum sind nützlich, aber nicht unerlässlich. — Die Ordreklausel wäre möglich, sofern nur der Indossatar gleichfalls Girokunde der betreffenden Bank ist oder werden kann; sie ist indess so wenig üblich, als die Giroanweisung in blanco und die Inhaberklausel.[72a])

In der Regel sind die Umschreibungsanweisungen vertragsmässig auf Formulare[73]) zu schreiben, welche die Bank dem Kunden zu diesem Behufe bei Schluss des Girovertrags oder später nach Bedarf, meist unentgeltlich oder gegen Vergütung der etwaigen Stempelkosten[74]) heftweise übergibt. Der Girokunde übernimmt oft vertragsmässig die Pflicht, diese Formulare sorgfältig

---

[72]) In Hamburg bestand bis z. J. 1848 die Beschränkung, in der Regel nicht unter 10 M. abschreiben zu können. Soetbeer p. 42. In Amsterdam war Anfangs die Grenze 300 fl. Marperger p. 466.

[72a]) Vielleicht waren die von Jäger, Suppl. p. 75 (nach Rota) erwähnten neapolitanische fedi di credito und polizzannotate fedi Giroanweisungen mit einem blanco, in das der Name des Umzuschreibenden gesetzt werden konnte.

[73]) Formulare. Reichsbank (Koch p. 23, Gareis p. 489):

No.	Reichsbank	No. M.
M.		Die Reichsbank wolle dem Konto
den 18		d
		Mark
		gutschreiben und dafür belasten das Konto von
		den 18

Bei der Hamburger Bank lautete das Formular früher (nach Marperger p. 46): Herren und Bürgern der Banco wolle gelieben zu zahlen per Cassa die Summe von 1000 M. Lübish an Herrn Titium, und mir solche 1000 Marks Lübs. auf meine Rechnung fol. 760 abzuschreiben, solches soll mir gute Zahlung sein. Altona-Hamburg den 9. Martii 1709. Mevius.

[74]) In Deutschland ist die Giroanweisung steuerfrei; vgl. oben Not. 67.

aufzubewahren, bei Verlust die Bank rechtzeitig zu benachrichtigen und die leeren Stellen der Formulare so auszufüllen, dass eine Fälschung unmöglich ist; auch die Tragung aller Nachtheile, die aus Verletzung dieser Pflichten entspringen, wird bei vielen Banken dem Girokunden vertragsmässig auferlegt. Ohne solchen Nebenvertrag hat die Bank alle Gefahr der Fälschung oder Verfälschung der Umschreibungsanweisung zu tragen; aber auch jener Nebenvertrag kann im Zweifel die Bank nicht von der Haftung befreien, falls sie bei Prüfung der ihr eingereichten Umschreibungsanweisung einer konkurrirenden culpa durch Nichtanwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Bankiers sich schuldig gemacht hat.[75])

Die Einlieferung der Giroanweisung muss nach der Praxis der Reichsbank bei derjenigen Bankanstalt erfolgen, welche das Konto des Ausstellers führt.[76]) Die Giroanweisung kann dadurch ersetzt werden, dass der zahlende Girokunde den Wechsel und andere Papiere, aus denen er zur Zahlung verpflichtet ist, durch Domizilvermerk bei der Bank zahlbar macht,[77]) der zu Bezahlende aber die betreffenden Wechsel oder sonstigen Papiere der Bank zum Inkasso und zur Gutschrift auf Girokonto quittirt überreicht.[78])

Auch dadurch kann die Giroanweisung ersetzt werden, dass ein Girokunde als Inhaber einer Zahlungsanweisung eines anderen Girokunden die Umschreibung statt der Baarzahlung beantragt.

8. Die auftragsgemässe Umschreibung kann jede Zahlung, solutorische wie obligatorische und donatorische ersetzen. Eine Verpflichtung des zu Bezahlenden, anstatt der Baarzahlung sich mit Zuschreibung auf Girokonto zu begnügen, besteht ohne besondere Abrede nicht mehr;[79]) eine solche Verpflichtung kann zu Gunsten einzelner oder aller übrigen Girokunden in dem mit der Bank ge-

---

[75]) Vgl. unten § 453 und Funk, Die rechtliche Natur des Check 1878 p. 27.

[76]) Koch, Giroverkehr p. 24: „Wer den rothen Check einliefert, ist unerheblich.“ Vgl. auch das in Zeitschr. f. H.R. XXIII Beilageheft p. 262 abgedruckte Einlieferungszettelformular.

[77]) Die Reichsbank fordert (a. a. O. p. 233 Z. 9) ausser der Domizilirung auch rechtzeitige Anzeige an die Bank unter Angabe der Beträge, des Ausstellers und bei Wechseln auch der Verfallzeiten. Vgl. noch Koch, Abrechnungsstellen p. 25. Anh. 1 Z. 8.

[78]) Vgl. Reichsbank a. a. O. p. 260. Jetzt auch bez. der Rechnungen, Gutscheine und sonstigen Papiere, welche eine liquide, ohne Gegenleistung zahlbare Geldforderung ergeben. Koch, Abrechnungsstellen p. 24. Anh. 1 Z. 4. In Hamburg war und ist noch jetzt bei Wechseln und Rechnungen das sog. Bankindorso üblich; die Papiere werden hierbei aber nicht der Bank unmittelbar eingereicht, sondern den betreffenden Zahlungspflichtigen mit dem unter das letzte Indossament resp. unter die quittirte Rechnung gesetzten Vermerk „für mich bel. (oder gef..) in oder per Bank an N. N.“) konvertirt zur Berichtigung mittelst Umschreibung übersandt. Vgl. Jacobi a. a. O., auch Thöl ausg. Ent. p. 752. Ueber die ältere Amsterdamer Cautel, den Wechsel vor der Abschreibung nicht dem Wechselschuldner, sondern dem Bankbuchhalter einzuhändigen, vgl. Marperger p. 473.

[79]) Anders früher gesetzlich in Venedig, Amsterdam (Marperger p. 466), Hamburg (vgl. Soetbeer p. 90) u. Nürnberg (Raumburger p. 613).

schlossenen Girovertrage übernommen werden; an sich ist sie im Girovertrage nicht enthalten. Das Einverständniss des zu Bezahlenden mit der Girozahlung ist in der Annahme der Giroanweisung, auch in dem Stillschweigen auf die Anzeige der erfolgten Umschreibung zu finden. Eine Verpflichtung der Bank zur Benachrichtigung besteht nur, wo dieselbe übernommen ist; dagegen schuldet die Bank jedem Girokunden auf Anfrage Auskunft über die auf seinem Konto vollzogenen Buchungen.[80]) Bezüglich fremder Konten braucht und darf die Bank keine Auskunft ertheilen.[81]) Mit dem Moment der erfolgten Zuschreibung wird die Bank Schuldnerin des Kunden, dem sie zugeschrieben.

Die durch Umschreibung entstandene Forderung ist weder die cedirte Forderung des zahlenden Kunden, dem abgeschrieben worden,[82]) aus dessen Person mithin die Bank keinerlei Einrede dem bezahlten Girokunden entgegensetzen darf, noch ist sie eine Forderung ex deposito,[83]) noch nimmt sie unbedingt den Karakter des ursprünglichen oder bisherigen Guthabens des bezahlten Girokunden an;[84]) vielmehr ist sie eine neue, selbständige und abstrakte Forderung, begründet durch den formellen Akt der Buchung auf dem betreffenden Konto, ähnlich der römischen Delegationsstipulation.

Eine irrthümliche Zuschreibung kann die Bank vor der Benachrichtigung des betreffenden Kunden beliebig storniren; nach der Benachrichtigung ist die Anfechtung der irrthümlichen Eintragung wohl noch dem betreffenden Kunden gegenüber statthaft, nicht aber redlichen Dritten gegenüber, an die von dem irrthümlich kreditirten Konto weiter umgeschrieben worden.[85])

9. Zwischen den beiden Girokunden wirkt die auftragsmässige Umschreibung

---

[80]) Bei der alten Girobank musste über jede Zuschreibung zwar Auskunft ertheilt werden, doch erfolgte dies ganz kostenfrei blos zu gewissen Stunden: Marperger p. 472 (Amsterdam). Soetbeer p. 43 u. 90 Z. 6 (Hamburg). Weder die Bank noch der Girozahler hatte eine Anzeigepflicht; der Bezahlte hatte die Pflicht, sich zu erkundigen, ob und für wessen Rechnung ihnen zugeschrieben werde. Vgl. hierzu Baumeister Not. 14 ff., Pöhls, Kleinwort, Thöl, Entsch. a. a. O.

[81]) Die Hamb. Bankoordre v. 1619 Z. 6 u. v. 1710 Art. 7 verbietet den Bankbeamten jede Indiskretion „bei ihrem geleisteten Eide und höchster Strafe" (Soetbeer p. 91, 93 auch p. 43); — auch heute würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn die Bank das Geschäftsgeheimniss der Kunden preisgibt; eine Klage auf arbiträren Schadensersatz dürfte nicht zu versagen sein.

[82]) A. M. Morstadt § 16 C.: „Die Zahlung per Girobank ist nichts Anderes als eine cessio nominis e deposito (im Sinn und zum Behuf einer datio in solutum)". Man denke aber nur an den Fall, dass der zahlende Girokunde nur kreditweise ein Guthaben auf Girokonto gehabt.

[83]) Es ist, wenn auch kaum wahrscheinlich, doch immerhin möglich, etwa während einer Krise, dass alle oder viele Girokunden Schuldner der Bank sind.

[84]) Die erste Zuschrift erfolgte etwa kreditweise, die zweite nunmehr auf Giroanweisung eines Girokunden, dem auf Grund hineingezahlter Depositen das Konto eröffnet worden.

[85]) Bender § 175. „Die Bank haftet für Fehler des Ab- und Zuschreibens". Endemanns Bemerkung Not. 14, dass die Anfechtung der Umschreibung oder der in der Umschreibung ausgedrückten Ausgleichung „natürlich gestattet sei", bezieht sich

wie Baarzahlung, mithin meist schuldbegründend oder schuldtilgend.[86]) Diese Wirkung tritt präsumtiv mit dem Moment der Umschreibung ein, nicht schon mit dem Moment des Auftrags.[87]) Für Insolvenz des Bankiers haftet der Girozahler nach erfolgter Umschreibung nicht.[87a])

Die Girozahlung ist weder Kompensation,[88]) noch Skontration,[89]) noch

wohl auf Anfechtung Seitens des Girozahlers, der den Giroauftrag etwa in Folge Betrugs oder Zwangs ertheilt hatte. l. 19 D. 46, 2, l. 4 § 20 D. 44, 4.

[86]) Vgl. Not. 19 ff. u. Scaccia § 2 gl. 5 qu. 2 No. 55, 63, 244 (promissio mercatorum). Decis. Rotae Gen. II Not. 4, IV Not. 10, 13 und XVII Not. 58. Raphael de Turri Disp. II qu. 11. Straccha a. a. O., Marquard a. a. O., Pöhls p. 301, Mittermaier a. a. O., Biener p. 32, Baumeister a. a. O., Jäger, Suppl. p. 74, Brinckmann Not. 9, Endemann nach Not. 15.

[87]) Ueber den Streit, ob der Bucheintrag obligire oder nur beweise, historisch vgl. Endemann, Stud. I p. 455; derselbe erklärt H.R. Not. 14 diesen Streit für ziemlich unpraktisch; nach den Einrichtungen der Bank sei es gar nicht denkbar, dass eine Ausgleichung ohne Umschreibung jemals behauptet werden sollte. Vgl. dagegen Koch im Rechtslexikon s. v. Riscontro: „Ob die Umschreibung in den Büchern einer Girobank die Skontration selbst erst juristisch vollzieht oder nur als Beweismittel zu betrachten ist, lässt sich nur nach den Einrichtungen jeder einzelnen Bank beurtheilen. Im Giroverkehr der deutschen Reichsbank wird in der Regel erst die Buchung bei der Bankanstalt des Bestimmungsorts als der die Zahlung vollendende Akt zu betrachten sein, nicht schon die Einlieferung des (rothen) Checks.“ In Hamburg wirkte Umschreibung erst am folgenden Tage als Zahlung. Pöhls p. 301.

[87a]) Walker p. 53.

[88]) Vgl. z. B. Morstadt § 16 C.: „so dass der Kaufschilling für die abgetretene Depositenforderung an die Bank, d. h. die Schuldnerin des Waarenkäufers zur Kompensation für die Kaufpreisforderung des Waarenverkäufers dienen soll“. Abgesehen davon, dass der Girozahler gar nicht seine Forderung cedirt (vgl. oben Not. 82), ist die Girozahlung ganz und gar nicht auf solutorische Zahlung beschränkt; mit welcher Forderung kompensirt aber wohl der Girozahler, der die Giroanweisung etwa seinem sich etablirenden Sohne zum Geschenk macht? Nach Brinckmann a. a. O. beruht das Institut der Girobank auf einer Uebereinkunft zu fortwährender Aufrechnung der Theilnehmer; allerdings kompensiren sich die auf dem einzelnen Girokonto stehenden Debet- und Kreditposten bei der Summirung ganz oder theilweise; die Zahlung selbst ist aber keine Kompensation unter den betreffenden beiden Girokunden; übrigens sind jene sich kompensirenden Posten keineswegs stets durch Girozahlungen unter den beiden nämlichen Kunden entstanden, ganz abgesehen davon, dass ein Konto in einer ganzen Rechnungsperiode möglicherweise nur Zuschreibungen oder nur Abschreibungen erhält. Die Auffassung der Girozahlung als Kompensation begegnet auch bei Endemann Not. 15: „Unabhängigkeit der Kompensation von den personalen Beziehungen“; Lyon-Caen Nr. 1326 bei Not. 1, Lattes p. 205, Biener p. 31.

[89]) Vielfach wird Skontration und Girozahlung nicht scharf genug geschieden, vgl. z. B. nennt Gad bei Not. 44: „Girobanken stillere und einfachere Skontroplätze“; Brinckmann-Endemann handelt unter der Ueberschrift Skontration in § 142 auch von der Girobank, während Endemann, H.R. § 136 richtiger beide als Spezies der gemeinsamen Gattung Ausgleichungsvermittelung betrachtet. Ueber den schon von Bauer a. a. O. angedeuteten juristischen Unterschied vgl. unten § 448; in ökonomisch-technischer Hinsicht ist mit Goldschmidt § 107 Not. 4 ff. zu betonen, dass bei der Skontration gar kein Metallgeldbetrag zur Zahlung erforderlich ist, während bei der Girozahlung ein Geldbetrag bei der schliesslichen Auszahlung des Guthabens nach Auflösung des Giroverkehrs immerhin noch nothwendig wird.

stets Hingabe an Zahlungsstatt,[90]) noch auch immer Novation oder Expromission.[91]) stets aber **Ueberweisung zum Sichverpflichten (Kreditanweisung, Delegation).**[92]) Der zahlende Girokunde ist Delegant, der zu Bezahlende Delegatar, die Bank Delegat. Dass die Bank materiell Schuldnerin des Deleganten, ist üblich. doch ebenso wenig nothwendig, als dass der delegirende Girokunde Schuldner des Delegatars sei.[93])

§ 448.

3. Die Skontration.[1])

1. Skontration ist nach der herrschenden Lehre die auf allseitiger Einwilligung beruhende Ausgleichung gegenseitiger Schulden unter mehr als zwei Personen, welche persönlich oder durch Bevollmächtigte vertreten beisammen sind, um ohne alle oder mit geringer anderweitiger Zahlung die sämmtlichen

---

[90]) Vgl. Morstadt a. a. O. „im Sinn und zum Behufe einer datio in solutum" auch § 33 a. E. Auch diese Annahme versagt schon bei der schenkungs- und kreditweisen Girozahlung.

[91]) Morstadt § 33 a. E.: expromissio. Pardessus 223 Not. 2: novation, die Voraussetzung, dass der Girozahler Schuldner des Bezahlten ist, trifft aber keineswegs immer zu.

[92]) Die Delegation wird freilich für das heutige Recht als geltendes Rechtsinstitut von Regelsberger ob. II § 257 bei Not. 35 nicht anerkannt; die Girozahlung dürfte aber unter keine der von ihm genannten Surrogate (Anweisung, Cession, Schuldübernahme) sich fügen, man müsste denn den Anweisungsbegriff auch auf die Kreditanweisung, d. h. eben die Delegation, ausdehnen. Die Hamb. Bankordnungen bezeichneten wirklich die Umschreibungsaufträge als Assignationes, den Girozahler als Assignator (1639 c. 9 bei Marperger p. 455). Vgl. unten § 451 Not. 12

[93]) Man denke an den Fall, dass A von der Summe, die er durch Kreditgewährung des Bankiers auf Girokonto gut hat, einen Theil schenkungs- oder kreditweise einem anderen Girokunden zuschreiben lässt.

[1]) Literatur: Scaccia § 2 gl. 4 No. 8 ff., Raphael de Turri, Disp. 2 qu. 1 u. qu. 18, qu. 20, Casaregis, Disc. 28 No. 16 ff., 76 No. 19 ff. III, No. 5 ff., 149 No. 15—22, 38 ff. (Mittermaier u. Massé citiren dagegen übereinstimmend d. 262, No. 9 u. 761, Not. 19, anscheinend irrthümlich, da von Casaregis nur 186 resp. 226 decis. publizirt sind (Goldschmidt I p. 38). — Savary, Le parfait négociant I p. 257, Marperger, Neu eröffnetes Handelsgericht p. 433 ff., Zipfel, Trakt. von Wechselbrieffen, 1701 p. 134, 253 ff., 291. Stenger, De assignat. mercatorum, Lips. Diss. 1712 (1724) s. 27—29, Raumburger, Justit. selecta 1723 p. 648 ff., 662 ff. Der vorsichtige Bankier (1733) I p. 109 ff., Ludovici, Grundriss eines vollständigen Kaufmannssystems, 2 Ed. 1768 § 113, Riccius, Exercit. juris cambialis (8 sect. 1 de solutione merc. per scontro etc.) Göttingen 1781. Bauer, Animadvers. ad. Ord. Camb. Lips. p. 23 ff. u. p. 53 ff. u. ders. praes. Püttmann, De scriptura mensae, ejusque cum negotio mercatorio, quod scontro vulgo vocant, comparatione 1795. Treitschke, Encyklopädie p. 447 ff., Biener, Wechselrechtliche Abhandl. p. 47 ff., 109, 138, Crelinger und Gräff, Das Wechselrecht u. s. w. nach dem preuss. Recht 1833 p. 433 ff., Heise § 16. Morstadt § 16 C., Bender § 158 u. W.R. I § 346, Pöhls § 127, Mittermaier § 567, Beseler § 227, Fischer-Ellinger § 252, Gad § 67, Goldschmidt § 107 Not. 9—13 u. Z. III p. 624, Thöl §§ 339—341, Brinckmann § 142, Endemann § 136,

Schulden zu tilgen.[2]) Diese Definition ist indess insofern zu eng, als sie nur den Normalfall zu tilgender Schulden berücksichtigt, während immerhin doch auch zu donatorischen und obligatorischen Zwecken skontrirt werden kann.[2a]) Skontration ist sonach in einem weiteren Sinne die auf allseitiger Einwilligung beruhende Bewirkung gegenseitiger Zahlungen unter mindestens 3 Personen, die beisammen sind, um ohne alle oder mit möglichst geringer Baarzahlung die sämmtlichen gegenseitigen Zahlungen zu leisten.

2. Für Skontration finden sich eine Reihe gleichbedeutender Ausdrücke, wie das Skontriren oder der Skontro,[3]) Riskontro,[4]) Inkontro,[5]) Kontraposition,[6]) Skossion,[7])

Gareis p. 491 ff., Wächter, Encyklop. p. 1045 Not. 6. R. Koch, Ueber Giroverkehr u. Checks als Zahlungsmittel, 1878; derselbe: Abrechnungsstellen (Clearing-Häuser) und deren Vorgänger in Deutschland, 1883 (auch in Z. f. H.R. XXIX p. 59 ff.); derselbe s. v. Riskontro, Check u. Giroverkehr in v. Holtzendorffs Rechtslex. — Pardessus n. 236, Molinier, Traité de droit commercial I Nr. 62 ff., Massé 2292 ff. — Windscheid § 351 Not. 5, Dernburg, Kompens. p. 593 Not. 2, Eisele p. 246 Not. 46, Anschütz in Zeitschr. f. H.R. XVII p. 108 u. 109, Endemann, Stud. I p. 113, 156 ff., 174 ff., 178, 325; II p. 240. Ueber das moderne Clearing vgl. die Literatur unten Not. 46.

[2]) So Thöl § 339 Not. 11 ff., dessen Definition sich auch Koch s. v. Riskontro im Wesentlichen anschliesst. Die Definition von Gareis p. 492 (mehrseitiges Rechtsgeschäft, inhaltlich dessen sich eine Anzahl von Personen verpflichtet, so viele Cessionen u. s. w. vorzunehmen) geht nicht sowohl auf die Skontrirung selbst, als vielmehr auf das pactum de scontrando.

[2a]) Vgl. auch Riccius § 6: „Utrum singuli eorum, pro quibus per scontrationem solvunt, debitores sint vel minus, nihil interest. Scontratio enim imitatur delegationem, estque modus tam constituendae obligationis quam dissolvendae."

[3]) Das Skontriren, scontrare bedeutet einerseits die ganze Ausgleichungsverhandlung, andererseits auch die einzelnen Akte, durch welche die Ausgleichung realisirt wird, als solche. Thöl Not. 1 und nach Not. 13. Statt skontro und skontriren findet sich zuweilen auch sconto und skontiren (z. B. Pöhls nach Not. 4), nicht zu verwechseln mit Sconto im Sinne von Diskonto oder Rabatt (Endemann, H.R. § 107 nach Not. 20). — Auch pagar in skontri findet sich bei Raumburger p. 68, Zipffel p. 253. — Skontro ist, nach Endemann u. Koch (s. v. Riskontro) soviel wie Rechnung; es wird auch zur Bezeichnung einzelner Handlungsbücher (Wechselskontro, Waarenskontro) gebraucht. Vgl. oben I p. 239. — Das Wort scontrare kommt, wie mein College H. Prof. Freymond vermuthet, von excomputare.

[4]) Auch rescontro, z. B. Marperger p. 434 oder die Rescontra (Heydiger bei Stenger c. 27) oder rescontrum Riccius § 23 Note. Riskontro in einem anderen Sinne ist auch der Name für das Hauptbuch, Behrend p. 306. Riskontro bedeutet ursprünglich Gegenrechnung. (Koch im Rechtslex., Endemann a. a. O.) Nach Morstadt Not. 14 käme es vom ital. riscontrare (franz. rencontrer), sich begegnen, „da nämlich die Abrede zwei einander, Stirn gegen Stirn, entgegentretende Forderungen betrifft"; vgl. auch Molinier a. a. O. Not. 1: „De l'Italien riscontro, rencontre, choc, comparaison, rapport." Höchst wahrscheinlich kommt es von reexcomputare (Freymond).

[5]) Dass Inkontration von Skontration gar nicht verschieden, hebt Thöl Not. 10 gegen Mittermaier hervor; letzterer hat in den letzten Auflagen die Unterscheidung auch fallen lassen.

[6]) Raumburger p. 648 (Augsburger W.O. v. 1665 Art. 7). Ludovici § 113, Leuchs p. 163.

[7]) Raumburger a. a. O. (Augsb. W.O. v. 1716 c. 1 § 18).

in die Partita gehen,[8]) saldiren und Saldo,[9]) Pari,[10]) mit einander abrechnen,[11]) liquidiren,[12]) Rüff,[13]) Zahlung mit geschlossenem Beutel,[14]) auch wohl Giro,[15]) Kompensation[16]) oder Ueberweisung[17]) und in neuerer Zeit Arrangement.[18]) Die Franzosen bedienen sich des mehrdeutigen Wortes virement oder riscontre,[19]) ursprünglich wohl pagiement und abattre,[20]) die Engländer des Ausdrucks clearing.[21])

3. Die Skontration ist im Alterthum nicht nachweisbar.[21a]) Sie verdankt

---

[8]) Thöl Not. 1. Treitschke p. 449: „Partita: eine ins Handlungsbuch eingetragene Post. In die Partita gehen heisst also: in die Skontrirung sich einlassen." — Der skontrirte Posten heisst die Partita, Partide oder die Partei. Marperger p. 436, 437, 439, Thöl a. a. O. Das Wort partita bedeutete übrigens auch den Girobankposten (Hamb. BancoOrd. pr. 1639 c. 8 bei Marperger 454), sodann auch Anleihen an Staaten oder Fürsten gegen Wechsel, Endemann, Stud. I p. 459.

[9]) Saldiren ist besonders in Oesterreich üblich. Saldirungssaal vgl. Luwisch p. 72 ff., vgl. aber auch schon Riccius a. a. O. Vgl. unten Not. 60.

[10]) Riccius a. a. O.: „Pari (das ist Geld um Geld)".

[11]) Ebendas.; der Ausdruck ist in jüngster Zeit besonders beliebt geworden. Vgl. unten bei Not. 60 und oben § 446 Not. 7.

[12]) Ebendas.; Raumburger p. 649. In der Uebersetzung des Jevons'schen Buchs über Geld und Geldverkehr ist Clearinghouse mit Liquidationshaus übersetzt.

[13]) Botzener W.O. v. 1665 Art. 5. Der Name scheint von dem Aufruf, der sog. hara der Wechselmessen (vgl. Endemann, Stud. I p. 176 u. unten Not. 25) abgeleitet.

[14]) Dieser weitverbreitete Name ist möglicherweise nicht nur sinnbildlich gewählt, sondern knüpft vielleicht an die Thatsache an, dass nach Art. 11 und 12 der Mess-Ordn. von Besançon derjenige, der mit baarem Gelde zahlen wollte, dies in den ersten 4 Tagen der Messe anmelden, das Geld versiegeln lassen und seinen Gläubigern vorläufig Anzeige davon machen sollte. Vgl. Biener p. 48.

[15]) Thöl Not. 1; Botzener W.O. c. 42 u. dazu Treitschke p. 450 Not. 2; auch giratio bei Riccius a. a. O.

[16]) Thöl § 341 bei Not. 2, auch Zipffel p. 254, Heydiger bei Stenger a. a. O., Heise a. a. O. Vgl. unten bei Not. 27, 73 u. 93.

[17]) Preuss. L.R. II 8 § 1264, „wenn . . . eine Ueberweisung (Skontration) geschehen ist". Leuchs p. 163, Rau a. a. O.; Morstadt Not. 14 nennt diese Uebersetzung äusserst untriftig.

[18]) Vgl. unten bei Not. 70.

[19]) Pardessus, Molinier, Massé a. a. O., Mittermaier Not. 10, Thöl § 339 Not. 10, Morstadt Not. 16 und oben § 447. Auch in Italien ist Name und Gebrauch der „riscontri" nicht fremd; vgl. Gallavresi p. 93 Not. 22 a. E. und den dort citirten, mir nicht zugänglichen Aufsatz Aiellos im Filangeri.

[20]) Anschütz a. a. O., Roscher III § 56 Not. 9, Biener p. 36 am Ende: payements. Ein älterer franz. Ausdruck scheint auch abattre gewesen zu sein; vgl. Biener a. a. O. p. 37: „Un mois après hare des draps abattent les changeurs et quatre jours après changes abattus prend on lettres de foire."

[21]) Das englische Clearing ist eine besondere Art der Skontration, vgl. unten bei bei Not. 46 ff. u. nach Not. 70. Nicht gleichbedeutend mit Skontration sind die Ausdrücke: directio scripturae (d. h. die Umschreibung einer Wechselforderung auf den Namen einer anderen Person als des Wechselinhabers nach Auftrag des Letzteren in den Büchern des Wechselschuldners, vgl. Raumburger p. 666) u. praesentatio bilancii (vgl. unten Not. 31).

[21a]) A. M. scheint Paul Gide in der Nouvelle Revue histor. de dr. franç. et étranger II p. 551 ff., indem er die rhetorische Frage aufwirft: „N'est il pas permis de conjecturer que, dans les réunions journalières que tenaient ces argentarii sous les

ihre Entstehung oder doch Ausbildung[22]) den grossen Messen, insbesondere der Wechselmessen. Auf diesen Centralpunkten des Handels und aller Geldgeschäfte[23]) musste sich das Bedürfniss nach Abkürzung der Zahlungsgeschäfte und nach Ersparung von Metallgeld gebieterisch aufdrängen. Zur Befriedigung dieses Bedürfnisses traten daher seit dem 13. Jahrhundert[24]) alle Messbesucher zu bestimmter Zeit vor der Messobrigkeit an einem geeigneten Orte zusammen; ein Jeder rief der Reihe nach mit lauter Stimme seine Forderungen auf;[25]) erkannte der Schuldner dieselben an, so trug jeder der beiden Betheiligten diese nunmehr festgestellte Forderung in sein Messnotizbuch (scartefazium, bilan) ein.[26]) Schon hierbei konnte es schwerlich ausbleiben, dass manche Messbesucher sich als Gläubiger ihrer Gläubiger herausstellten und mit diesen einfach **kompensiren** konnten.[27]) Insoweit bot die Verhandlung nichts Besonderes. Anders bezüglich derjenigen Posten, bezüglich deren keine Personenidentität von Gläubiger und Schuldner sich herausstellte. Hier galt es, jene zur Kompensation erforderliche Personenidentität herzustellen, mit anderen Worten andere Messbesucher zu finden,

---

arcades du portique de Janus, il se passait quelque chose de semblable à ce qui a lieu de nos jours à Londres dans la salle du Clearing-house?"

[22]) Biener p. 138 „in dem von uralter Zeit her auf Messen und Börsenplätzen üblichen Skontriren."

[23]) Scaccia § 1 qu. 6 No. 10, Raph. de Turri disp. 1 qu. 4 No. 19 ff.; Biener p. 36, Endemann, Stud. I p. 113 ff., 156 ff., 161, vgl. auch Lastig, Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 162.

[24]) Anschütz p. 104 theilt aus dem zwischen 1207 u. 1215 abgefassten Poenitentiale des Robert von St. Victor oder v. Flamesbork tit. 27 de usuris folgende Stelle mit: „In nundinis mercatorum consuetudo est, ut sibi ad invicem credant debita sua usque ad generalem solutionem, quae est in fine nundinarum et gallice dicitur pagiement." — Biener p. 37. Nach Massé 2292 u. Mittermaier Not. 8, die sich auf Blanqui, hist. de l'écon. polit. I p. 287 stützen, kommen auch in Venedig schon im 13. Jahrhundert Skontrationen vor; es scheint, als ob die Girozahlung gemeint sei.

[25]) Dieser Aufruf (hara) fand schon auf den Champagnermessen statt. Vgl. Biener a. a. O. u. Endemann I p. 176. Ueber die Etymologie des Wortes hara vgl. jetzt auch Glasson in der Nouv. Revue hist. de dr. franç. et étr. 1881, VI p. 519, wo freilich nicht von der Messhara, sondern von der clameur de haro im Kriminalrecht und normännischen Civilrecht die Rede ist: „Suivant Diez, haro viendrait de l'ancien haut allemand hera ou hara, du vieux saxon herod; tous ces mots veulent dire „ici". Haro se rapproche alors par sa source du mot hierher... Cette explication est adoptée de nos jours par un certain nombre de savants, notamment en France par M. Littré, en Allemagne par le jurisconsulte Brunner." Glasson selbst leitet p. 522 haro — und das kann auch für die Messhara gelten — ab „de l'ancien allemand haren, crier." Diez s. v. harer leitet übrigens dies Verbum vom Substantiv haro, Hülferuf, ab und bemerkt s. v. haro, dass dafür auch hara begegnet.

[26]) Endemann I p. 174 ff. (Besançon 1597); Scaccia § 2 vgl. 4 No. 4, 5, 8 ff. (Piacenza).

[27]) Auf diese Kompensation scheint sich zu beziehen Scaccia a. a. O. No. 10 u. 11 „et istae acceptationes fiunt in propriis scartafacciis, tam creditoris, quam debitoris, lineante utroque per transversum partitam, quam creditor (!) acceptat. Ex his acceptationibus procedunt hinc inde multae solutiones satisfactoriae, quia per istas mutuas acceptationes intelligitur facta solutio, et compensatio inter eos." Vgl. aber auch Biener p. 49 u. Endemann I p. 177 bei Not. 17.

die jene Schulden zu übernehmen und ihrerseits durch Kompensation zu tilgen fähig, ihrerseits also Gläubiger jener Forderungsberechtigten waren; am vortheilhaftesten war es natürlich, wenn die Uebernehmenden Schuldner der ursprünglichen Schuldner waren, da in diesem Falle alle drei Schuldverhältnisse gleichzeitig und ohne jede Baarzahlung getilgt wurden. Diese Uebernehmer aufzusuchen, war Sache der einzelnen Parteien, die in den der hara folgenden Tagen „sich aufsuchten und nach Befinden den dritten oder vierten Mann hinzuzogen.“ [28]) Die Uebernahme wurde erleichtert einerseits dadurch, dass alle auf der Messe zahlbaren Wechsel auf eine gleiche fiktive Währung, den Markenskudo,[29]) lauteten, und andererseits dadurch, dass die bei der hara in die beiderseitigen scartafaccien notirten Forderungen als anerkannt und gleicher Weise sicher eingehend galten.[30]) Eben diese Aufsuchung und Substituirung anderer Schuldner war die Skontration. Die Resultate derselben wurden von den Interessenten in ihre Bilanz, die binnen bestimmter Zeit nach der hara der Messobrigkeit zur Prüfung und zur Anfertigung der Generalbilanz einzureichen war, aufgenommen.[31]) Da die durch Skontro nicht ausgeglichenen Posten (avantia resp. mancamenta) binnen kürzester Frist baar gezahlt oder durch neue Wechselausstellung resp. in anderer Weise bei strengster Exekution gedeckt sein mussten,[32]) so hatten die Messschuldner einen wirksamen Antrieb mehr, die Skontration zu befördern.

Die Skontration blieb weder auf die Wechselmessen, noch auf die Wechselforderungen beschränkt,[33]) wenngleich freilich nahezu [34]) ausschliesslich die Wechselordnungen [35]) der Gesetzgebung den Anlass zur Regelung oder doch Anerkennung

[28]) Biener p. 50.

[29]) Endemann p. 180 ff., Biener a. a. O.

[30]) Biener p. 47: „Die Ueberweisung eines acceptirten Wechsels dabei gilt der baaren Zahlung völlig gleich.“

[31]) Biener p. 50. Endemann p. 177. A. M. Raumburger p. 669 § 6 u. § 8 „denn was v. gr. per directionem scripturae oder per scontro bereits gezahlt, mithin extinguiret worden, muss nicht in diese Bilanz kommen, sondern blos was noch zu lauffen hat.“ Dass die sog. praesentatio bilancii nicht eine besondere Zahlungsart, vielmehr nur ein Mittel der Kontrole, nimmt Raumburger p. 668 an („welches dann nichts anderes ist als eine adäquate Vergleichung und Gegeneinanderstellung aller und jeder partiten, . . . damit auf einmal und in compendio der Zustand und Saldo aller trattes und remesses ersehen werden möge“.) Dass die Messobrigkeit auf Grund der Generalbilanz ex officio etwa Skontrationen herbeigeführt hätte, erhellt nicht; eben so wenig scheint eine dem clearing entsprechende Aufrechnung der jedem Messbesucher gegen alle übrigen Messbesucher zusammen zustehenden Gesammtforderung mit seiner Gesammtschuld stattgefunden zu haben. Vgl. auch Fornari p. 175.

[32]) Endemann p. 178, Fornari a. a. O.

[33]) Gegen die Beschränkung auf Wechsel Stenger c. 27, Riccius §§ 4 u. 6. Raumburger p. 653 (Wechsel, Waaren und Buchschulden) Lyon. W.O. v. 1667 Art. 7, Braunschweig, W.O. 1686 A. 29, Botzener W.O. v. 1635 Art. 10.

[34]) Das preuss. L.R. II Tit. 8 behandelt die Skontration nicht im 8. Abschnitt „von Wechseln“, sondern im 9. Abschnitt „Von Handelsbillets und Assignationen“ §§ 1262 ff.

[35]) Ausser den von Thöl Not. 2 citirten W.O. von Besançon, Botzen, Lyon, Leipzig, Braunschweig, Frankfurt, Breslau, Augsburg u. Weimar ist noch die Naumburger W.O. v. 1693 nebst erl. Mandat v. 1698 zu nennen (Raumburger p. 654, Immig, j. camb. harmonicum 1707 p. 83 ff.).

der Skontration gewährten. In Deutschland bestanden keine gesonderten Wechselmessen;[36]) das Bedürfniss der abgekürzten und geldlosen Zahlung machte sich auch in Nichtmessorten, wie Augsburg, und zu Nichtmesszeiten fühlbar.[37]) Wo man daher nicht, wie in Nürnberg und Hamburg, etwa zur Errichtung der öffentlichen Girobank überging, wurde und blieb die freilich umständlichere und gefährlichere[38]) Skontration das beliebte Surrogat der Baarzahlung im Geldverkehr. Die Skontrationen gingen an den durch Statut oder Gewohnheit festgesetzten Zusammenkunftsorten der Kaufleute, in der Regel an der öffentlichen **Börse**, zur Mess- oder Marktzeit oder zu anderen bestimmten Terminen vor sich.

Solche Skontroplätze waren in Augsburg am sog. Perlach „vor der Kauffleuth Stuben", in Venedig im deutschen Haus, in Frankfurt auf dem Römerberg, in Botzen der sog. Giro, in Leipzig und in Braunschweig die Börse.[39])

Wie auf den Wechselmessen hatte auch hier jeder am Skontro Theilnehmende ein spezielles Skontrobuch[40]) mitzubringen, in das in genau bestimmter Art[41]) die verabredeten Skontrationen mit Feder und Tinte eingetragen werden mussten. In der persönlichen Gegenwart der Skontrirenden und in der Eintragung in das spezielle Skontrobuch fand man das Unterscheidungsmerkmal zwischen Skontration und Assignation.[42]) Gegen Ende des vorigen Jahrhunderts soll sich ein Rückgang in der Skontration, insbesondere in Sachsen fühlbar gemacht haben;[43]) verschwunden ist dieselbe indess keineswegs; sie hat vielmehr auch noch nach der deutschen W.O. und dem deutschen H.G.B.[44]) ihre grosse

---

[36]) Raumburger p. 671 § 12. Die Wechselmessen starben am Ende des 17. Jahrhunderts ab, wohl unter dem Einfluss des Indossaments; Fornari p. 176.

[37]) Marperger p. 449, Augsb. W.O. v. 1665 u. 1682 Art. 14, 1716 c. 4 § 2. Braunschweigische W.O. v. 1715 Art. 49: „Wollen die dasigen Kauffleuthe sich dessen auch zwischen den Messen bedienen, sollen sie solches ebenmässig verrichten."

[38]) Raumburger p. 342 zieht die Girobank der Skontration vor, weil „auch dadurch viele kostbare und beschwerliche, denen Commerciis sehr schädliche Rechtfertigungen, so da wegen . . . . . . wie auch Skontrirens gar leicht und häuffig entstehen, . . . verhütet und abgeschnitten werden mögen." — Mit dem Girozwang erledigten sich die Skontrationen von selbst. Nürnb. banco W.O. v. 1654. Raumburger p. 653 § 9.

[39]) Ueber Ort und Zeit vgl. Stenger c. 28, Riccius § 1, Raumburger p. 654 ff., Marperger p. 436, Koch s. v. Riskontro. In Botzen sprach man vom Besuch des Giro (W.O. c. 42), worunter die Börse zu verstehen. Treitschke p. 450 ff.

[40]) Marperger p. 435 ff. „Girobuch". Leipz. W.O. 24 „sonderlich geheftet und gebundenes Markt- und Messmemorial". Augsb. W.O. c. 9 § 1 „mit der Bilanz versehen". „Blose Zeddel u. chartequen oder auch blose Schreibtaffeln" schliesst wegen der Falsifikationen als zu gefährlich aus Raumburger p. 657 nach der Botzener, Leipz. u. Braunschwg. W.O. Ueber die Skontrobüchlein oder Markt-Glatzen (Cladden?) vgl. auch Zipffel p. 134 u. 291.

[41]) Essentiell sind Zeit, Ort, Posten und Namen der skontrirenden Personen. Marperger p. 436, Raumburger p. 657.

[42]) Stenger c. 28 ff.

[43]) Bauer a. a. O. p. 18.

[44]) Vgl. Leipziger Protokolle 304 (ed. Thöl p. 71 ff.), Wächter, Das W.R. d. deutschen Reichs, 1883, p. 337 Not. 5. In Preussen wurde allerdings durch das Einf.Ges. zu A. D. W.O. v. 15. Februar 1850 § 9 „die Bestimmungen des A. L.R. über Handelsbillets

praktische Bedeutung auf manchen Handelsplätzen (Augsburg, Bremen, Botzen)[45] bewährt.

5. Mochte auch auf den Wechselmessen die Zulassung zur Skontration von Stellung einer Kaution abhängig sein, so bestand doch dort, wie auf den deutschen Messen, Märkten und Börsen keine organisirte, ständige Skontrationsgesellschaft; vielmehr waren die jedesmaligen zufälligen Besucher die Skontranten; auch scheint ein Zwang, alle Forderungen zur Skontration zu bringen, ebensowenig bestanden zu haben, als eine Verpflichtung, jeden der Mess- und Börsenbesucher als neuen Schuldner an Stelle des eigentlichen Schuldners sich gefallen zu lassen. Im Gegensatz zu jenen losen Zusammenkünften skontrirenshalber stehen nun die ständigen, organisirten und der Regel nach mit Skontrirzwang ausgestatteten **Clearing- oder Abrechnungsvereine**[46]) der Gegenwart. Der bedeutendste und nahezu[47]) älteste ist die Privatvereinigung der Londoner Clearing-Bankers, die das Banker's Clearing-House daselbst im J. 1775 ins Leben riefen.[48]) Bei der vorbildlichen Bedeutung des Londoner Clearing-House dürfte eine kurze Darstellung des Geschäftsganges, die sich der von **Jevons** und

---

und kaufmännische Assignationen in den §§ 1250—1304 II 8[a] aufgehoben; damit ist nicht aber auch das Institut der Skontration beseitigt; §§ 1263 u. 1264 erklärten lediglich, dass, wenn eine Skontration geschähe, eine Delegation vorhanden sei.

[45]) Fischer-Ellinger p. 298 Not. 3: Das Skontriren ist gesetzlich auf den freien Märkten zu Botzen eingeführt durch R.Patent v. 23. März 1792 §§ 73 ff. Ueber Augsburg vgl. Zeitschr. f. H.R. XIX p. 511, auch Kitzinger, Wechsellehre für Kaufleute 1849 p. 101 ff. — Auf den Buchhändlermessen in Leipzig und Stuttgart wird zwar nicht eigentlich skontrirt, doch finden viele geldlose Zahlungen statt durch Vermittelung der sog. Kommissionäre, die Zahlungsmandatare der Sortimenter und Inkassomandatare der Verleger sind; sie kompensiren oft mit einander, sog. Austausch der Zahlungszettel; die Reste werden baar gezahlt. Die Portoermässigung thut neuerdings der Abrechnung vielen Abbruch; ein Theil der Gelder wird durch die Post jetzt ausgezahlt. Vgl. Rottner, Lehrb. der Kontor-Wissenschaft für den deutschen Buchhandel I p. 179 ff.; vgl. auch Buhl in Z. f. H.R. XXV p. 156 ff., Schürmann, Organisation und Rechtsgewohnheiten des deutschen Buchhandels I p. 143, II p. 83 ff.

[46]) Ueber die Clearing-Houses vgl. vornehmlich R. Koch, Abrechnungsstellen p. 4 ff.; vgl. ferner F. Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. X p. 7 ff., Hildebrand im Jahrb. f. Nat.Oek. u. Statistik VIII p. 127—162, Munzinger, Motive p. 401 ff., Gareis p. 492 ff., Hartung, Der Check- und Giroverkehr der deutschen Reichsbank, Bayerdörffer, Das Cheque-System, 1881, Roscher III p. 124 ff. Not. 13 u. 19, Knies I p. 166. 280 ff., Wagner, Syst. der Zettelbankpolitik p. 377 ff., 450, 667 u. 730, sowie in Schönbergs Handb. I p. 330 ff. — Massé 2292, Lyon-Caen 1325 u. 1518. — Nouguier, Des chèques p. 14 ff., Barclay u. Dainville, Les effets de commerce, 1884 p. 195 ff., Jevons p. 271 ff.; Walker, A treatise on banking law p. 69 ff. — Vidari 2562 ff., Fornari, I checks e la Clearing-House p. 173 ff., Gallavresi, L'assegno bancario p. 28 ff., 40, 64 ff., 88 ff., 92—110, 367. Marghieri p. 383 ff., 415 ff., auch die von Koch p. 5 citirten Autoren.

[47]) Koch, Abrechnungsstellen p. 14. „In Schottland war das Clearing-System noch früher bekannt und ausgebildet, als in England." Macleod, Diction. s. v. Clearing-House p. 436 ff.

[48]) Seyd p. 25 theilt eine Anekdote mit, der zu Folge ursprünglich die Kassenboten jener Banken sich in einem Frühstückslokal zusammenfanden und hier, um sich die

R. **Koch** neuerdings gegebenen wesentlich anschliesst, angezeigt sein: Gegenwärtig wird der Verein von 28 Londoner Bankgeschäften gebildet, welche täglich, und zwar mit vollem Skontrozwang[49]) bezüglich aller Präsentationspapiere[50]) skontriren (clearen). Skontroplatz ist das Clearing-House, d. h. ein von dem Verein gemiethetes, mässig grosses, Unbefugten unzugängliches Zimmer, in welchem sich ein kleines Bureau der beiden Aufseher, sowie für jede der betheiligten Firmen ein Schreibpult befindet. Hier erscheinen jeden Vor- und Nachmittag zur bestimmten Stunde (10½ resp. 2½ Uhr) die Vertreter aller betheiligten Firmen mit ihren gegenseitigen Forderungsdokumenten, die ganz formlos (ohne Verzeichniss und Empfangsbekenntniss) auf die betreffenden Tische der einzelnen Schuldner geworfen („wie Spielkarten ausgetheilt"), hierauf von den Empfängern in das sog. In-Clearing-Book verzeichnet und demnächst zur Prüfung ihren resp. Bankhäusern zugesandt werden. Bis 4 Uhr Nachmittags können neue Forderungen eingeliefert, auch die bei Prüfung nicht in Ordnung befundenen Papiere zurückgeliefert werden. Was bis dahin nicht im Clearing-House wieder zurück ist, gilt unbedingt als anerkannt. Um 4 Uhr beginnen die Vertreter jener Firmen das eigentliche Saldirungsgeschäft (clearing), und zwar stellt zunächst jeder die Summe fest, die sein Haus von jeder einzelnen der anderen Firmen zu fordern hat, resp. jeder einzelnen derselben schuldet. Schon hierbei wird durch Kompensation zwischen den Forderungen, die je zwei Firmen unmittelbar gegeneinander zustehen, ein erheblicher Theil der Forderungen beseitigt. Ist die Richtigkeit dieser Summe durch Hin- und Herrufen je unter den Vertretern der betreffenden Firmen festgestellt, so trägt ein jeder diese festgestellten Summen in ein Bilanzformular (das Clearing-Balance-Book) ein, welches die Zeile für Zeile untereinander geschriebenen Namen der Vereinsmitglieder und rechts von dieser Namenreihe eine Kolonne für das Debet, links eine solche für das Kredit enthält. Durch Addiren der beiden Seiten und Subtrahiren der Summen wird alsdann ermittelt, was jedes Vereinsmitglied an dem betreffenden Tage von der Gesammtheit zu fordern hat, resp. an diese schuldet. Diese Gesammtbeträge werden von jedem Einzelnen den Aufsehern des Hauses mitgetheilt, welche sie sofort auf einen Kontobogen (Inspector's Balance Sheet) eintragen, dessen Kredit- und Debetkolonnen bei der Addition vollständig

---

Gänge in die einzelnen Lokale zu ersparen, auf eigene Faust skontrirten, bis ihre Prinzipale dahinter kamen und das Clearing-house gründeten. Noch **Scialoja** wären die Stanze di liquidazione di Livorno nicht nur älter, sondern auch das Vorbild des Londoner Clearing-House gewesen („dove fu introdotta da uno dei Corsi di Toscana"), **Gallavresi** p. 89; auch **Vidari** 2563 nimmt an, dass von den „stanze dei pubblici pagamenti" Livorno's „evidentemente (?) trasse origine la Clearing-Houses inglese"; die Unterschiede beider Institute stellt **Vidari** jedoch selbst a. a. O. Not. 3 a. E. zusammen. Vgl. auch unten Not. 59.

[49]) **Koch** p. 6: „Kein Mitglied hat das Recht, gewisse Papiere davon auszuschliessen und direkt zur Zahlung zu präsentiren."

[50]) „Skontrirt werden alle Wechsel, Checks und Dividendenscheine oder andere bei Sicht zahlbare Papiere (articles)." **Koch** a. a. O.

gleiche Summen ergeben müssen, weil ja jeder Penny, welchen die eine Bank empfängt, von einer anderen bezahlt werden muss.[51])

Durch die Zusammenfassung der Forderungen eines Jeden zu einer **Gesammtforderung**, von der sodann die Schulden, die eben jener gegenüber den Anderen hat, als **Gesammtschuld** abgezogen werden, vermindert sich das Gesammtguthaben resp. die Gesammtschuld jedes Einzelnen bis auf einen relativ unbedeutenden Theil. Diese relativ unbedeutenden Restforderungen resp. Restschulden wurden lange Zeit von den Einzelnen an einander baar gezahlt; die Gesammtsumme derselben betrug i. J. 1839 etwa nur den 15. Theil der eingereichten Forderungen. Es ist das Verdienst von **Charles Babbage,**[52]) dass die Baarzahlung auch dieser Reste erspart wird. Auf seinen Vorschlag ist nämlich **mit der Skontration die Girozahlung in Verbindung gesetzt** worden. Girobankier ist die Bank von England, bei welcher nicht nur jedes der 28 Vereinsmitglieder, sondern auch die Gesammtheit der Mitglieder als fingirtes Rechtssubjekt (das Clearing-House als solches) je ein Konto besitzen.

Die Umschreibung auf den Konten durch die Bank von England erfolgt auf Grund einer Kombination **zweier** Giroanweisungen (transfer tickets). — Es stellt nämlich jeder, der der Gesammtheit schuldig, ein (weisses) transfer ticket auf die Bank von England aus, durch welches er diese beauftragt, ihm jene Summe abzuschreiben und sie zunächst dem Konto der Vereinigung, sodann aber, unter Abschreibung von jenem Konto, sie weiter dem Konto desjenigen der übrigen Clearing-Bankers zuzuschreiben, der dies mittelst eines vom Aufseher des Clearing-House visirten Zuschreibungsantrags (grünes transfer ticket, credit ticket, draft) in Antrag bringen werde.[53]) Das weisse ticket ist also eine Giroanweisung des Girozahlers zu Gunsten des Clearing-House und eventuell zu Gunsten eines beliebigen der 27 anderen bankers; das visirte grüne ticket ist die Giroanweisung des Clearing-House zu Gunsten eines bestimmten jener 27 anderen bankers; das grüne ticket ist ohne Visa nur ein Zuschreibungswunsch, dem erst das Visa des Clearing-House die Erfüllung sichert. Ueber die erfolgte Umschreibung stellt die Girobank je zwei Bescheinigungen aus; eine für das Clearing-House, die andere für das Vereinsmitglied, dem zugeschrieben worden. Das

---

[51]) So Jevons p. 274.

[52]) Jevons a. a. O.

[53]) Das weisse Formular lautet bei Koch p. 10: Settlement at the Clearing-House, London, 1883: To the Cashiers of the Bank of England.

Be pleased to transfer from our Account the sum of . . . . . and place it to credit of the Account of the Clearing-Bankers, and allow it to be drawn for by any of them (with the knowledge of either of the Inspectors signified by his countersigning the Drafts).

Die darin erwähnte Zuschreibungsordre (grünes ticket, draft) lautet: Eingang wie oben. Be pleased to credit our Account the sum of . . . . out of the money at the credit of the Clearing-Bankers.

Die Visirung, von der die Zuschreibung abhängt, lautet:

Seen by me
Inspector at the Cl.-H.

Konto des Clearing-House bei der Girobank gleicht sich täglich von selbst aus, da die Ab-, und Zuschreibungen auf ihr Konto in Folge der tickets sich täglich genau aufheben.

Auf diese Weise vollzieht sich in London nunmehr vollständig geldlos die Zahlung von durchschnittlich 120 Milliarden Mark alljährlich, mithin durchschnittlich werktäglich von 400 Millionen Mark.[54]) —

Das Londoner Clearing-House ist mit mehr oder minder grossen Modifikationen in den Haupthandelsplätzen Grossbritanniens (Manchester, Liverpool, Birmingham, Newcastle, Edinburg, Dublin),[55]) in New-York und 30 anderen Städten der nordamerikanischen Union,[56]) in der Pariser chambre de compensation[57]), dem Wiener Saldirungsverein,[58]) in den stanze di compensazione Italiens[59]) und neuestens auch im deutschen Reich nachgeahmt worden. Die deutschen Nachbildungen nennen sich **gemeinschaftliche Abrechnungsstellen.**[60])

Die erste derselben ist in Berlin auf Initiative der Reichsbank durch einen von dieser und 17 Berliner Bankhäusern, welchen seit dem 1. Januar 1884 vier andere hinzugetreten sind, geschlossenen Vertrag vom 14. Februar 1883 ins Leben gerufen; sie fand sehr bald in Frankfurt a. M., Cöln und Stuttgart Nachfolge[61]),

---

[54]) Koch p. 11. (Die Zahlen sind aus den Jahren 1881 u. 1882.) — In den Jahren 1883 und 1884 sind die Umsätze erheblich zurückgegangen. (Vgl. die Uebersichten im Economist.) — Ueber das Railway Clearing-house, das seit 1842 in London für die Eisenbahnen besteht, vgl. Fornari p. 193 ff.

[55]) Koch p. 13—15. Ueber die Modifikationen in Manchester vgl. Jevons p. 276–285.

[56]) Koch p. 16, 17, Gallavresi p. 40, 41. Dudley P. Bailey: The Clearing-House Business cf. 1884 (Bankers Magazine. March 1885). Ueber New-York vgl. Jevons p. 285 ff.

[57]) Koch p. 17, Chastenet, Étude sur les chèques 1882 p. 166—169, Lyon-Caen 1331 Not. 1; 1325 Not. 2 wird Clearing-House durch „chambre de balance" oder „de virement" wiedergegeben. Fornari p. 201 ff., Gallavresi p. 65 ff.

[58]) Koch p. 18 u. 19, Luwisch p. 72 ff.

[59]) Italien soll in den rescontri Neapels seit dem 16. Jahrhundert und in den stanze di compensazione Livorno's noch vor London Clearing-Häuser besessen haben. (Gallavresi p. 88 u. 93 Note a. E., vgl. auch oben Not. 19 u. 46). Neuerdings bestimmt das ital. Ges. sull abolizione del corso forzato v. 7. April 1881 Art. 22, dass „nelle principali città, le quali saranno indicate per decreta reale, il Governo promuoverà l'istituzione di Stanze di compensazione . . . . per la riscontrata dei biglietti pagabili a vista e al portatore e per le compensazioni degli altri titoli di credito. Le norme di questa istituzione saranno determinato per decreto reale." Dies königl. Dekret ist am 19. Mai 1881 ergangen und ordnet Errichtung in 13 Städten an. Vgl. Gallavresi p. 90; derselbe schildert höchst eingehend p. 93—110 den Geschäftsgang in den stanze d. c. Mailands und Genuas; Genua und Mailand sind der Regierungsinitiative zuvorgekommen; vgl. Marghieri I p. 384 ff., VI p. 416 ff.; den Geschäftsgang Livorno's bei Vidari 2563 Not. 3.

[60]) Der Name „Abrechnungshaus" schon bei Franz Mittermaier (Z. X p. 7), Koch erklärt p. 3 Not. 2 den Ausdruck „Abrechnungsstelle" für eine vielleicht nicht ganz bezeichnende Uebersetzung des englischen „Clearing-House". Roscher III § 74 Not. 9 empfiehlt Saldirhaus im Gegensatz zu den von Seyd vorgeschlagenen Worten: „Klarirkontor, Regulirungshaus".

[61]) Koch p. 35, Gareis a. a. O.

und noch in demselben Jahre wurden in Leipzig, Dresden und Hamburg, im Jahre 1884 ferner in Bremen und Breslau gleiche Vereine mit Abrechnungsstellen gegründet; die Vereinbarungen sind der Berliner nachgebildet, jedoch mit schärferem Skontrozwang; als Girobank fungirt für alle diese Abrechnungsstellen die deutsche Reichsbank, die überdies mitskontrirendes Vereinsmitglied ist, und der auch die Leitung und Aufsicht der Abrechnungsstellen unter Mitwirkung der betheiligten Bankhäuser übertragen ist.[62]) Die Unterschiede des Londoner Clearing-House und der Berliner Abrechnungsstelle bestehen im Wesentlichen zunächst darin, dass gegenseitige Substitution mit der Befugniss zur weiteren Substitution zugelassen, dass die Skontration auf Wechsel, Checks und Anweisungen beschränkt,[63]) der Skontrozwang (bezüglich der Wechsel wenigstens) ausgeschlossen ist, und dass die Ablieferung der Forderungspapiere mit Verzeichniss und bei der ersten Zusammenkunft gegen Empfangsbekenntniss erfolgt. — Die Zusammenkunft findet täglich dreimal statt. Das In-Clearing-Book und das Bilanzformular (Clearing Balance Sheet) sind durch das **Abrechnungsblatt**,[64]) der Kontobogen (Inspektor's Balance Sheet) ist durch das vom Vorsteher der Abrechnungsstelle zu fertigende **Bilanzblatt** ersetzt.

[62]) A. Z. 1 p. 32 u. 39.

[63]) Koch p. 31. Bezüglich der Checks und Anweisungen folgt aus A. Z. 2 des Abkommens der Skontrozwang; Koupons, Dividendenscheine, kaufmännische Verpflichtungsscheine und Rechnungen sind in Berlin überhaupt nicht skontrabel.

[64]) Das Formular (Koch p. 48 u. 49, Gareis p. 494) lautet:

Abrechnungsstelle Berlin, den ....ten .... 18..

Stückzahl.	Debet.	Firma.	Kredit.
		Bank des Berliner Kassenvereins.	
		Bank für Handel und Industrie.	
		S. Bleichröder.	

An Stelle der transfer-tickets stellt der Vertreter jeder Firma über den Saldo eine **Anweisung** an das Girokontor der Reichsbank **auf dem Abrechnungsblatt** und wörtlich gleichlautend auf einem besonderen farbigen **Anweisungszettel**[65]) aus, welchen er (anstatt ihn, wie in England, persönlich bei der Girobank zu präsentiren), dem Vorsteher der Abrechnungsstelle mit dem Abrechnungsblatt übergibt. Letzterer bewahrt die Anweisungszettel auf, während

S a l d o.

Vorstehenden Saldo von

Mark ....

wolle die Reichsbank der Abrechnungsstelle zu {Gunsten / Lasten} des Giro-Kontos von

.... {belasten / gutschreiben}

Richtig ....

Der Vorsteher der Abrechnungsstelle: ....

[65]) Dem weissen ticket entspricht der grüne Anweisungszettel, dem grünen ticket der gelbe Zettel. Der grüne Zettel lautet weit einfacher, als das weisse ticket, nämlich (Koch p. 51):

Abrechnungsstelle Berlin.

Nr. .... M. ....

Berlin, den . . . ten . . . . 188 . .

Die Reichsbank wolle dem Konto der Abrechnungsstelle

Mark

zu Lasten des Girokontos von ....

gutschreiben.

Richtig

Der Vorsteher der Abrechnungsstelle:

Der gelbe Zettel lautet (Koch p. 52):

Abrechnungsstelle Berlin.

Nr. .... M.

Berlin, den . . . ten . . . . 188 . .

Die Reichsbank wolle dem Konto der Abrechnungsstelle

Mark

zu Gunsten des Girokontos von

belasten.

Richtig

Der Vorsteher der Abrechnungsstelle:

er die Abrechnungsblätter, nachdem er deren Saldi in das Bilanzblatt eingetragen, visirt den betreffenden Firmen zurückgibt, die Umschreibungen aber bei der Reichsbank dadurch herbeiführt, dass er das Bilanzblatt an deren Girokontor übergibt.[66]) Letzteres nimmt danach die nöthigen Buchungen auf den Konten der Mitglieder und der Abrechnungsstelle vor;[67]) was ein Theilnehmer an die Gesammtheit zu fordern hat, wird hier, wie in London seinem Girokonto kreditirt und dagegen dem Girokonto der Abrechnungsstelle debitirt; was ein Theilnehmer der Gesammtheit schuldig blieb, wird seinem Girokonto debitirt und und dagegen dem Girokonto der Abrechnungsstelle kreditirt;[68]) auch hier gleicht sich das Girokonto der Abrechnungsstelle also täglich von selbst aus. Auch bei den deutschen Abrechnungsstellen findet die Prüfung der empfangenen Papiere nicht im Vereinslokal, sondern in den Bankhäusern selbst statt; beanstandete Papiere müssen unter Anheftung eines den Beanstandungsgrund ergebenden Zettels bis 4 resp. 5½ Uhr desselben Tages zurückgeliefert werden, eventuell gelten sie als anerkannt; die Rücklieferungen werden wie umgekehrte Einlieferungen behandelt.[69])

6. Die Skontration ist nicht blos auf reine Zahlungsgeschäfte beschränkt; auch in denjenigen Fällen, in denen die Geldzahlung als Gegenleistung gegen gleichzeitige Waarenlieferung erscheint, hat der Grossverkehr sie in mächtigen Dimensionen zur Anwendung gebracht. Insbesondere ist dies bei Abwickelung der Börsengeschäfte (der sog. Börsenliquidation oder dem Börsenarrangement) der Fall; hiervon ist schon an anderer Stelle gehandelt.[70])

7. Der historischen Entwickelung gemäss und dem Wesen nach sind 2 Arten der Skontration zu unterscheiden:

a. Die ältere oder **schlichte Skontration.**

b. Die neuere Skontration mittelst Skontrovereins oder das **Clearing**; letzteres kann wiederum ein **einfaches Clearing** sein oder eine Kombination von Clearing und Girobank, das man in Kürze als **Giroclearing** bezeichnen darf.

8. Wenngleich ein Institut des Handelsrechts und auf dessen Boden erwachsen, ist die Skontration doch heute auf Kaufleute nicht unbedingt zu beschränken.[71]) Für die kaufmännischen Skontranten ist das Skontriren accessori-

---

[66]) Das Formular bei Koch p. 53.

[67]) Geschäftsordnung VI, VII, IX. Koch p. 33 Not. 52, p. 45.

[68]) Gareis p. 496 Not. *.

[69]) Geschäftsordn. IV—VII (Koch p. 34 u. 44, 45). Die inzwischen eingetretenen Aenderungen der Geschäftsordnung sind nach gütiger Mittheilung des H. Geh. Oberfinanzraths Koch oben im Text berücksichtigt. Im Jahre 1884 sind die von 9 deutschen Abrechnungsstellen Mark 12 130 196 100 abgerechnet (s. die monatlichen Mittheilungen im Reichs-Anzeiger).

[70]) Ob. § 279 p. 12 ff. (Grünhut). Vgl. jetzt auch Lyon-Caen 1518 über die Pariser Börsen-Centralliquidation. Auch bei einigen deutschen Abrechnungsstellen (Frankfurt a. M., Breslau) ist die Abrechnung mit der Effektenlieferung verbunden.

[71]) Biener p. 5: „In Lyon kam Alles zusammen, auch die, welche, ohne Handelsleute zu sein, Geldgeschäfte machten, weil mit Hilfe der Wechsel dergleichen einfach abzumachen war." Vgl. auch p. 46; Endemann, Stud. I p. 174, 175. — Dagegen fordern die meisten Wechselordnungen Handels- oder Kaufleute oder setzen doch durch das Erforderniss der Buchführung solche voraus. Kaufleute fordert auch Marperger

sches Handelsgeschäft; bei dem Giroclearing ist die Umschreibung, die die Operation abschliesst, weil Girogeschäft, ein Bankier- und Handelsgeschäft.[71a]) Die Mindestzahl der Skontranten ist drei;[72]) der heutige Sprachgebrauch wenigstens wendet für die Kompensation unter zwei Personen, an und für sich betrachtet, nie den Namen Skontration an.[73]) Mit der Zahl der Skontranten wächst natürlich die Möglichkeit, mehr Forderungen und grössere Summen geldlos zu zahlen.[74]) Eben daher würde eine Skontration unter Abwesenden dem erstrebten Zweck gar nicht oder nur in ungenügender, schwerfälliger Weise entsprechen.[75]) So erklärt es sich, dass die Gesetze und die meisten Schriftsteller[75a]) immer nur des Normalfalls der persönlichen Anwesenheit aller Skontranten Erwähnung thun, und dass die modernen Skontroverbände bei Meidung der Folgen der mora solvendi und accipiendi die Anwesenheit der Verbandsgenossen fordern.[76]) Gleichwohl darf die Präsenz Aller doch nicht zum Essentiale der Skontration erhoben werden.[77]) Vertretung durch Bevollmächtigte ist in der Regel,[78]) Vertretung durch den Mitkontrahenten wenigstens ausnahmsweise statthaft.[79])

9. Die Skontrationsverhandlung kann mündlich[80]) oder schriftlich[81]) vor

---

p. 433, Mittermaier a. a. O., Crelinger zu § 1264 A. L.R. („weil die Ab- und Zuschreibung in den Büchern aller 3 Interessenten erfolgen muss.") Vgl. auch Raumburger p. 652: „In Botzen ist notable, dass die riscontri ad effectum solutionis auf die allda eingeschriebenen Handelsleute restringiret sind." Botz. W.O. 1635 u. 1665 A. 10 a. E.

[71a]) Vgl. oben § 444 Not. 28 u. §§ 447 Not. 40.

[72]) Anders noch Marperger p. 434: „Es geschieht aber ein solcher Skontro oder Compensatio nicht eben allzeit (!) unter zweyen Personen."

[73]) Mittermaier Not. 4, Thöl § 239 Not. 11.

[74]) Goldschmidt § 107 Not. 9 ff., Thöl Not. 13, Endemann Not. 3.

[75]) Thöl a. a. O.

[75a]) Vgl. z. B. Riccius § 3 u. 8. „Scontratro omnium, adsignantis nempe, adsignatarii et adsignati praesentiam poscit."

[76]) Koch p. 31. Vgl. übrigens auch Raumburger p. 652: „Welche sich nun zum Skontriren nicht einfinden, die müssen nachmalen per cassa bezahlen oder doch Zahlungsanweisungen per cassa geben."

[77]) Thöl a. a. O., Endemann: „Ob die Ausgleichung unter Anwesenden oder Abwesenden stattfindet, macht hinsichtlich der Wirkung keinen Unterschied"; aber auch: „In einem einzigen, gleichzeitigen Akt ist Ausgleichung Mehrerer nur unter Anwesenden denkbar." Man denke doch aber auch an den Fall, dass etliche Skontranten abwesend und ihre Geneigtheit und Fähigkeit zu skontriren auf Anfrage etwa telegraphisch bis zur Abrechnungsstunde anzeigen. Vgl. auch Augsb. W.O. IV § 2 „oder von einem Abwesenden muss sein Consens schriftlich vorhanden sein, damit die Partita notirt werden kann."

[78]) Thöl a. a. O., Raumburger p. 652, Leipz. W.O. 24, Braunschweig 1686 A. 24, Lyon. W.O. 1667 A. 7 u. 8.

[79]) Koch a. a. O; vgl. oben vor. Not. 63.

[80]) Morstadt a. a. O. nimmt die Mündlichkeit („eine durch mündliches Abreden bewerkstelligte Compensation") in die Definition auf, polemisirt Not. 14 u. 16 ebendeshalb gegen Rau u. Mittermaier und findet den franz. Ausdruck virement des parties, weil er sich auf den schriftlichen Skontro beziehe, weit umfassender. Vgl. auch

sich gehen. Eine schriftliche Beurkundung, insbesondere die Eintragung in bestimmte Bücher, resp. Abrechnungsblätter [82]) ist zwar allerwärts üblich und bei grösserem Skontrantenkreis praktisch kaum zu missen,[83]) immerhin aber (und auch, zu Folge A. 317 H.G.B. bei Theilnahme von Kaufleuten) weder für die Gültigkeit,[84]) noch (seit der R.Civ.Proz.O.) für den Beweis der Skontration unerlässlich.

10. Der Skontration kann ein **pactum de scontrando** über die zukünftige Skontration vorangehen.[85]) Essentiell ist es nicht, vielmehr ist zur Skontration auch ohne vorgängige Abrede die ausdrücklich oder stillschweigend gegebene Einwilligung wie erforderlich,[86]) so ausreichend; selbst durch nachträgliche Ratihabition kann diese Einwilligung Seitens eines Abwesenden erfolgen.[87])

Das pactum de scontrando kann formlos geschlossen werden. Es tritt entweder als selbständiger Vertrag auf oder erscheint bei dem Clearing als integrirender Theil des den Clearingverein begründenden Gesellschaftsvertrages.[88]) (Der Zutritt neuer Mitglieder zum Clearingverein setzt im Zweifel [89]) die einstimmige Genehmigung der bisherigen Mitglieder voraus; der Austritt steht an sich, wenn keine gegentheilige Abrede vorliegt,[90]) Jedem mit Abschluss eines

---

Thöl nach Not. 13. Gad p. 116 spricht von der „lärmenden Umfrage“. Richtig Endemann a. a. O.: „mündlich oder schriftlich“.

[81]) Im Clearing ist die persönliche Rücksprache der Vertreter (vgl. oben vor Not. 51) wohl nur um der Kontrole halber eingeführt; ein rein schriftliches Clearing ist sehr wohl denkbar.

[82]) Vgl. oben Not. 26, 40, 46 ff. Zipffel p. 134. Preuss. A. L.R. § 126: „durch Ab- und Zuschreiben in ihren Büchern.“

[83]) Vgl. auch Raumburger p. 648 u. 659: „Wie dem zu rathen, der kein gewisses Markt-Memorial oder Bilanz führt.“ Marperger p. 438 (Lyon. W.O. Art. 8, Leipziger W.O. 24).

[84]) Koch s. v. Riskontro: „Das Ab- und Zuschreiben in den Handelsbüchern ist für dieselbe (Wirkung) nicht wesentlich, sondern dient nur zur Beurkundung.“

[85]) Endemann Not. 7: „Will man einen Namen, so ist das ein pactum de compensando.“ Vgl. auch oben Not. 2.

[86]) Marperger p. 437 (Frankfurter W.O. 16: „Die Reskontri, wenn sie nicht mit Approbation der sämmtlichen reskontrirenden Personen fürgegangen, sollen ungültig deklarirt sein“). Raumburger p. 651 verlangt eben dieses Konsenses wegen Präsenz resp. Vertretung aller Skontranten (Leipz. W.O. 24, Lyon 1667 A. 8), Fischer-Ellinger p. 298. — Riccius § 11 „Invito creditori obtrudere adversum videtur.“ Vgl. auch Entsch. des O.G. Wolfenbüttel in Zeitschr. f. H.R. XVII p. 215.

[87]) Endemann Not. 6, Pöhls p. 296; a. M. Thöl Not. 13 u. Koch s. v. Riskontro (durch den Zusatz „inter praesentes“). Wäre es aber keine Skontration, wenn A. u. B. sich etwa dahin einigen, ihr bestehendes Schuldverhältniss dadurch zu tilgen, dass A seinen Schuldner C dem B, dessen Gläubiger C ist, überweist, sofern nur der abwesende C auf Benachrichtigung schriftlich zustimmt? Ungewöhnlich mag es freilich sein.

[88]) Gareis p. 495 ff.: Skontrationsvertrag.

[89]) Nach der Berliner Vereinbarung C. Z. 2 (Koch, Abrechnungsstellen p. 41) ist dagegen zur Aufnahme neuer Mitglieder nur eine Stimmenmehrheit von ¾ der Anwesenden erforderlich. — Ueber die strenge Auswahl der Theilnehmer zum Londoner Clearing-House vgl. Koch p. 4 u. 5.

[90]) Das Ausscheiden aus dem Berliner Verein steht dagegen jedem Mitglied nach

jeden Clearing zu.) Das pactum de scontrando kann auf alle oder auf gewisse Forderungen gehen; es kann darauf gerichtet sein, an einer Skontration überhaupt Theil zu nehmen, ohne dass doch der Theilnehmer verpflichtet wäre, sich einen neuen Schuldner gegen seinen Willen aufnöthigen zu lassen; es kann aber auch dahin gehen, sich bestimmte andere oder jeden anderen Theilnehmer oder die Gesammtheit aller Theilnehmer als Schuldner überweisen zu lassen; letzteres ist bei dem Clearing der Fall. Das pactum de scontrando gibt eine Klage auf Schadensersatz oder auf Erfüllung.[91]) Der vertragsmässig zur Skontration Verpflichtete muss sich die Tilgung seiner Forderung mittelst vertragsgemässer Skontration selbst gegen seinen Willen gefallen lassen. Auch geräth, wer sich rechtswidrig vom Skontriren ausschliesst, wie oben erwähnt, in Zahlungs- und Empfangsverzug.[92])

11. Die einfache Skontration setzt sich aus einer Reihe von Delegationen (oder Cessionen) und Kompensationen zusammen.[93]) Es ertheilen nämlich die Schuldner,[93a]) soweit sie nicht direkt kompensiren können, anderen Personen den Auftrag, die Schuldsummen ihren, der Auftragsgeber, Gläubigern zu versprechen resp. zu zahlen (oder es cediren die Gläubiger, soweit sie mit ihrem Schuldner nicht direkt kompensiren können, ihre Forderungsrechte anderen

---

der Vereinbarung C. Z. 4 (Koch a. a. O. p. 42) nur zum Schluss jedes Kalenderjahres frei und muss auch einen Monat vorher angezeigt werden.

[91]) Endemann, Not. 7, Brinckmann Not. 5.

[92]) Vgl. oben Not. 76.

[93]) Endemann, Not. 6 erklärt die weitläufige Erklärung durch Mandate für höchst überflüssig: „Die Doktrin wird doch Jedem gestatten, sich wegen irgend einer Forderung dadurch für befriedigt zu erklären, dass er irgend eine Schuld los wird.“ Sollte die Doktrin aber ihrerseits nicht berechtigt sein, nach einer Erklärung dafür zu suchen, warum Jemand, ohne bezahlt zu sein, einer Schuld ledig wird und werden muss? Ueber zahlreiche Erklärungsversuche vgl. Thöl Not. 6 ff.; ferner Riccius § 7 u. 9: „scontratio fit per adsignationem plenam; adsignans adsignatario, creditori suo, assignatum debitorem in solutum cedit.“ Raumburger p. 65: „modus compensandi praevia delegatione.“ Windscheid Not. 5: „(Vertragsmässige) Aufrechnung mit einer Forderung, die man gegen seinen Gläubiger durch eine vorhergehende Novation erworben hat.“ — Dernburg, Kompensation p. 593 Not. 2: „Die Skontration bildet eine vertragsmässige Kompensation“ und dazu Eisele p. 246 Not. 6: „Die Gegenseitigkeit wird durch eine Anzahl von Delegationen hergestellt.“ Pardessus 236 „se composent de délégations mutuelles .... et de compensations facultatives. Massé 2294: „Les virements n'étant autre chose qu'une cession d'action ou une délégation“; 2292: „et il s'opère une compensation qui vous libère l'un et l'autre.“ Vgl. auch die dort citirten Raph. de Turri disc. II, qu. 19 u. 23 u. decis. Rot. Gen. 28 No. 5. Im 13. Jahrh. wurde Forderungskauf angenommen: „emitur contractus cum aliis personis.“ (Anschütz p. 109.) Gareis p. 492: Cessionen, Ueberweisungen und Kompensationen. Beseler § 227: „gewissermassen eine Art Kompensation“; Not. 26: statt der 3fachen Zahlung erlassen (?) sie sich gegenseitig ihre Schuld. Weimarsche W.O. § 89 (bei Treitschke II p. 775) „oder endlich mittelst einer privativen Novation einen Anderen als Schuldner angenommen (Skontration).“

[93a]) Bei der Skontration im weiteren Sinne (oben nach Not. 2a) wird der Ausdruck sich dahin ändern, dass diejenigen, die an Dritte zahlen wollen, anderen Personen den Auftrag geben, die zu zahlende Summe jenem Dritten zu versprechen resp. zu zahlen.

Personen). Jeder Delegant sucht hierbei einen Delegaten, der sein Schuldner und womöglich auch Gläubiger seines Gläubigers (resp. jeder Cedent sucht hierbei einen Cessionar zu finden, der sein eigener Gläubiger und womöglich auch Schuldner seines Schuldners ist). Durch diese Delegationen (oder Cessionen) treten Personen zu anderen in ein Gläubigerverhältniss, die gleichzeitig zu ihnen bereits in einem Schuldnerverhältniss standen, daher ganz oder theilweise kompensiren können. Die durch Kompensation nicht tilgbaren Reste sind den Delegataren (oder Cessionaren) baar[94]) zu zahlen.

12. Komplizirter ist der juristische Vorgang bei dem Clearing: Hier dürfte eine doppelte Reihe von Cessionen[94a]) anzunehmen sein. Zunächst nämlich cedirt jedes Vereinsmitglied seine sämmtlichen nicht durch unmittelbare Kompensation getilgten Forderungen gegen die Uebrigen an den Verein als solchen. Der Verein wird in Höhe der Cessionsvaluta Schuldner der Cedenten und zugleich als Cessionar Gläubiger der debitores cessi. Da nun jedes (oder doch fast jedes Mitglied) sowohl Cedent als auch debitor cessus ist, so kann der Verein mit jedem (oder doch fast jedem) insoweit kompensiren, als die dem Einzelnen gebührende Cessionsvaluta und die von ihm geschuldeten Beträge sich decken. Insoweit die Cessionsvaluta die Schuld übersteigt (Activsaldo), insoweit wird der Verein Schuldner seines Mitgliedes; insoweit die Schuld die Cessionsvaluta übersteigt (Passivsaldo), insoweit wird der Verein Gläubiger seines Mitgliedes. (Dem Verein werden daher auch bei dem Giroclearing jene Saldi auf Giroanweisung der Einzelnen zu- resp. abgeschrieben.)

Der Verein als solcher soll aber weder der Gläubiger, noch der Schuldner seiner Mitglieder bleiben. Er cedirt daher seinerseits die Forderungen, die ihm gegen die Mitglieder mit Passivsaldo zustehen, an die Mitglieder mit Aktivsaldo, deren Schuldner er ist. Diese cedirten Forderungen sind von den debitores cessi an die resp. Cessionare baar zu zahlen. Bei dem **Giroclearing** werden diese Zahlungen ersetzt durch eine Reihe von Delegationen, nämlich durch die Umschreibungsbefehle, welche entweder von den Einzelnen oder vom Verein als Bevollmächtigten der Einzelnen an die Girobank des Vereins erlassen werden.[95])

13. Die Skontration tilgt die skontrirten Forderungen, wie wirkliche Zahlung.[96]) Ein Rückgriff auf den ursprünglichen Schuldner ist unstatt-

[94]) Nach Augsb. W.O. c. 9 § 1 sind die Reste durch assegni per cassa, nicht aber durch einen Verpflichtungsschein (Billets auf sich selbst) zu zahlen.

[94a]) Anstatt durch Cessionen lässt sich der Vorgang auch dadurch erklären, dass jedes Mitglied den Verein delegirt, seine Schulden zu bezahlen, während jedes Mitglied sich zugleich für dieselbe Summe ihm, dem Verein, verpflichtet. Auch bei dieser Konstruktion wird der Verein Gläubiger und Schuldner seiner Mitglieder und kompensirt mit ihnen die sich deckenden Beträge während er den Mitgliedern mit Passivsaldo den Auftrag ertheilt, ihre Reste an die Mitglieder mit Aktivsaldo zu zahlen.

[95]) Ueber den Skontroverein als Beauftragten aller Mitglieder vgl. R.O.H.G. XX p. 28 ff. Fehlt es dem Verein an Rechtspersönlichkeit, so ist seine Einschiebung eine blos fiktive Operation zur Rechnungserleichterung.

[96]) Vgl. die Citate aus 7 Wechselordnungen und des preuss. L.R. bei Thöl § 341, Not. 1. Riccius § 16: „Scontratio enim perfecta plenissimae numerationis vel solutionis vim tuetur,“ Raumburger p. 660, Mittermaier u.

haft.[97]) Die Gefahr, dass der in Folge der Skontration überwiesene Schuldner insolvent ist, trägt derjenige, dem er überwiesen worden. Es kann dies um so weniger für unbillig gelten, als die Skontration ja die Zustimmung des Gläubigers voraussetzt.[98]) Zu Folge besonderer Abrede kann für den Fall der Nichterfüllung Seitens eines überwiesenen Schuldners die Gesammtheit als selbstschuldnerischer Bürge für die Erfüllung haften; eine solche Abrede ist im Clearing zu finden; für diesen Fall dürfte dem Verein nicht nur die Klage gegen das säumige Mitglied, sondern wohl auch der Rückgriff an diejenigen Mitglieder zustehen, die an dem betreffenden Skontrotage Forderungen an das säumige Mitglied zur Skontration eingereicht haben, und zwar pro Rata ihrer Forderungen.[99]) Es brauchen also in diesem Falle die übrigen Mitglieder jenen Schaden nicht mit zu tragen. Die Geltendmachung der bei der Skontration überwiesen erhaltenen Forderungen folgt innerhalb und ausserhalb des Konkurses jetzt den allgemeinen Regeln.[100])

14. Sollen Forderungen, die in Präsentationspapieren verbrieft sind, skontrirt werden, so kann mit Einverständniss der Skontranten die Präsentation an den Skontrationsplatz verlegt werden.[101]) — Die quittungsbedürftigen Papiere sind dabei quittirt oder in blanco indossirt einzuliefern.[102])

15. Die Skontration zeigt mit der Girozahlung eine gewisse Aehnlichkeit; insbesondere findet bei beiden Zahlungssurrogaten ein Auftrag, einem Dritten Zahlung zu versprechen, m. a. W. eine Delegation statt.[103])

Heise a. a. O., Hillebrand p. 478, Pardessus Nr. 236, Koch p. 33, Endemann Not. 15, Gareis p. 497.

[97]) Bender, W.R. § 346 Not. g, R.O.H.G. XX p. 29: „Es würde zur nachträglichen Wiederaufhebung der ganzen Skontration führen, demnach kann die Intention der Betheiligten nicht auf einen blossen Skontrationsversuch gegangen sein, dessen Gelingen davon abhängig sein sollte, ob auch jede der schliesslich überwiesenen Personen ihren Verbindlichkeiten gehörig nachkommen werden."

[98]) Vgl. oben Not. 86. Bei der einfachen Skontration wird der neue Schuldner ausdrücklich übernommen; bei dem Clearing liegt im Skontrationsvertrage die Pflicht, jeden vom Verein bezüglich des Passivsaldos Ueberwiesenen als Schuldner (unter Vereins-Garantie) zu acceptiren.

[99]) R.O.H.G. XX p. 30; Wiener Arrang.Ordn. v. 31. Dezbr. 1873 § 11 in Zeitschr. f. H.R. XXI p. 265.

[100]) Goldschmidt § 96 Not. 22 macht unter reichem Quellennachweis darauf aufmerksam, dass das Kompensationsrecht im Konkurs wegen aller, selbst der nicht fälligen Forderungen zunächst gerade den im Skontroverband stehenden Kaufleuten zugestanden und erst dann, unter Erlass der Voraussetzung des Skontroverbandes, zu einem allgemeinen privilegirten Deckungsrechte erweitert worden. — Vgl. auch Raumburger p. 659 u. 718 ff., Zipffel p. 253.

[101]) D. W.O. 91 steht einem generellen Einverständniss über den Präsentationsort nicht entgegen. Raumburger p. 658 erwähnt, dass es „weder styli mercantilis, noch auch consultum sei, die Wechselbrieffe selbsten mit auf den Skontroplatz zu nehmen."

[102]) Vgl. Koch Not. 58, auch Thöl § 341. Ueber ältere Bestimmungen (Augsb. W.O. 1716 c. 1 § 18: Der letzte Giro ist entweder ganz ohne Ordre zu kompliren oder die Ordre zu durchstreichen) vgl. Raumburger p. 659 ff.

[103]) Dass auch das Clearing sich durch Delegationen erklären lässt, vgl. oben Not. 94

Es begegnet daher häufig eine Gleichstellung beider Institute, für die die französische Rechtssprache sogar einen Ausdruck besitzt. Gleichwohl sind Skontration und Girozahlung weder ökonomisch, noch juristisch identisch. In ökonomischer Beziehung ist darauf hinzuweisen, dass bei der Skontration zur Tilgung vieler oder möglicherweise sogar aller skontrirter Forderungen gar kein Metallgeldbetrag nothwendig ist; dagegen kann bei der Girozahlung zwar die zugeschriebene Summe auf Grund neuer Giroanweisungen wieder ab- und anderen Kunden, darunter auch dem ersten Girozahler, wieder zugeschrieben werden, immerhin aber bleibt schliesslich doch ein Metallgeldbetrag (zur Tilgung der umgeschriebenen Forderung) erforderlich.[104]) In rechtlicher Beziehung unterscheiden sich beide Institute im wesentlichen in folgenden Punkten:

1. Die Girozahlung vollzieht sich nur zwischen 3 Personen, von denen Einer Bankier sein muss; die Skontration vollzieht sich zwischen 3 oder beliebig mehr Personen, die weder Bankier- noch Kaufmannseigenschaft zu haben brauchen.

2. Die Girozahlung erfordert zur Perfektion oder zum Beweis eine Eintragung; der Skontration ist Schriftlichkeit zwar gewöhnlich, aber nicht essentiell.[105])

3. Bei der Girozahlung bleibt begrifflich ein Schuldverhältniss zwischen dem Delegatar (dem Girobezahlten) und dem Delegaten (der Girobank) zurück: anders bei der Skontration, die gerade die Aufhebung aller Obligationen wenigstens anstrebt. Die etwa verbleibenden Forderungen, die nicht skontrirt werden konnten, sind nicht stehen zu lassen, bis eine Gelegenheit zu weiterer Delegation eintritt, wie dies bei der Girobank meist der Fall, sondern regelmässig sofort und, ohne dass es eines weiteren Zahlungsauftrags bedarf, baar zu bezahlen.

4. Die Skontration sucht Substitution neuer Gläubiger oder neuer Schuldner behufs Kompensation;[106]) bei der Girozahlung ist Kompensation nicht erstrebt; sie ist auch nicht immer möglich.[107]) Dass beide Institute sich kombiniren können, ist oben bereits bezüglich des Giroclearing hervorgehoben.

---

[104]) Goldschmidt § 107 p. 1186 u. 1187; oben § 447 Not. 89. Dass der Skontration gegenüber die Girobank früher für empfehlenswerther galt, vgl. oben Not. 38.

[105]) Vgl. oben Not. 80 ff. Wenn A dem B, B dem C und C dem A dieselbe Summe schuldet, so können durch mündliche Delegation (oder Cession) und Kompensation alle 3 Forderungen ohne jede Buchung und Beurkundung erlöschen.

[106]) Vgl. Thöl § 341 a. E. „Fasst man aber ins Auge, dass bei der Skontration immer Kompensationsverhältnisse erstrebt und gemacht werden . . .“; a. M. wohl nur Stenger c. 28. Vgl. auch oben Not. 16 u. Stryk, us. mod. XVIII, 4 § 60.

[107]) Wenn auch die Girobank für die Einräumung eines Forderungsrechts an den Delegatar A. einen Deckungsanspruch an den Deleganten B. hat und diesen Anspruch durch Kompensation mit dem Guthaben des Letzteren tilgt, so ist doch, wenn A. kein Guthaben bei der Bank hat, letztere aber vorschussweise seine Giroanweisung honorirt und dem B. eine Summe zuschreibt, eine Kompensation des Deckungsanspruchs Mangels einer vorhandenen Gegenforderung unmöglich; tilgt B später diesen Anspruch durch Giroanweisung eines Dritten, so gibt er an Zahlungsstatt, aber kompensirt nicht. Vgl. auch oben § 447 Not. 41 u. 88, § 446 Not. 72 a.

§ 449.

4. Leistung an Zahlungsstatt.[1])

1. Ein Surrogat der solutorischen[2]) Zahlung ist die Leistung resp. das Versprechen an Zahlungsstatt. Ob ein Gläubiger einer Geldschuld anstatt der Baarzahlung irgend etwas anderes als Erfüllung anzunehmen hat, steht nach heutigem[3]) deutschen Recht in seinem freien Willen.[4]) — Insoweit nicht eine Vereinbarung vorangegangen, die den Schuldner berechtigt oder, was viel seltener, gar verpflichtet,[5]) ein Surrogat zu leisten, kann der Gläubiger jede Offerte von

---

[1]) Literatur. Monographie: Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher, Tübingen 1866 (nur mit dem Namen Römer citirt); vgl. auch desselben Abhandlungen aus dem R.R., dem H. u. W.R., 1877, I p. 71–91 u. Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 5 ff. — Morstadt § 16 C. 2, Goldschmidt § 104 Not. 22, § 107 Not. 23, 30 ff., § 108 Not. 22, 54 ff., § 109 Not. 5 u. 24 ff., Thöl §§ 316, 324, II § 333 u. W.R. §§ 187, 188, Brinckmann § 136, II, Endemann § 125, I u. IV, Massé III 1611, IV 2123 ff., 2203 ff., Pardessus 221, Kist II p. 282 ff., 308, Smith p. 538 ff., Daniel II p. 262—277. — Windscheid § 342 Not. 10 ff., Brinz § 280 Not. 12, 289 Not. 8, Mandry p. 213 ff., 428, C. F. Koch, Recht der Forderungen II §§ 160. 161, Dernburg § 98, Förster-Eccius § 93, Schmidt I p. 427, Siebenhaar p. 469, 606 u. passim, Hellmann, Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung 1874, Schauberg, Ueber Novation durch Wechsel, oder über den Einfluss des Wechsels auf die unterliegende Verbindlichkeit (Zeitschr. f. H.R. XI p. 193—296), Gruchot in seinen Beiträgen XVIII p. 445—475, u. Lehre v. d. Zahlung p. 67 ff. — Historisch: Zeitschr. f. H.R. VII Beilageheft 48 (Neumann), Endemann, Stud. I p. 457, II p. 234 ff., Kohler, Beitr. zur germ. Priv.R.Gesch. I, Urkunden (1883) p. 11 Not. 1, in Krit. V.J.S. N. F. IV p. 168 u. in Zeitschr. f. vgl. R.W. III p. 179, 180 u. 206, v. Amira p. 478—481, 566 ff. u. passim, Lattes p. 126. — Preuss. A. L.R. I. 16 §§ 28, 235—250, Oesterr. B.G.B. § 1414, C. c. 1243, 2038, Sächs. B.G.B. §§ 694, 1100, Schweiz. Obl.R. Art. 98, 193, 407.

[2]) Brinz § 289 Not. 8. Bei nicht solutorischer Zahlung ist die datio in solutum begriffsmässig ausgeschlossen; denn Letztere setzt eine bereits bestehende, durch das dare zu tilgende Obligation voraus; vgl. R.O.H.G. V p. 420, Römer p. 31 u. 65 („lediglich solutorisches Rechtsgeschäft"). Vgl. übrigens auch Endemann Not. 5 u. oben § 427 p. 845 ff.

[3]) Dernburg Not. 2. „Das beneficum dationis in solutum ist mit der R.Civ.Proz.O. unverträglich und desshalb auch nicht mehr gemeinrechtlich." Vgl. über jenes schon unter Caesar vorübergehend geltende, durch Justinian dauernd eingeführte beneficium flebile Römer p. 162—179; Marquard II c. 14 No. 28—30; über seine Anerkennung im J.R.A. v. 1654 § 172 und seine Beseitigung in den 4 grossen Kodifikationen vgl. Gruchot p. 70 ff. — Im alten schwedischen Recht bestand dagegen in Folge der Geldarmuth jener Zeiten vielfach eine gesetzliche Pflicht zur Annahme an Zahlungsstatt und keineswegs nur, falls der Schuldner sich in der Unmöglichkeit befand, durch Verkauf seiner Sachen sich Geld zu verschaffen. Vgl. v. Amira p. 478 ff.

[4]) Ueber die letztwillige Anordnung der datio in solutum durch den Gläubiger vgl. Römer p. 156 ff. Ueber Ueberweisung durch richterliche Verfügung § 736 ff. R. C.P.O.

[5]) Römer p. 69—81, Dernburg Not. 4, Endemann Not. 6. Ueber die Verpflichtung der Ausgeber von Kreditgeld das Zeichen für die Summe, über welches es lautet, in Zahlung zu nehmen, vgl. Goldschmidt § 107 Not. 30 ff., § 108 Not. 54 ff., § 109 Not. 39 u. oben II § 186 Not. 11, § 190 Not. 50 (R. Koch).

Nichtgeld zurückweisen; aliud pro alio invito creditori solvi non potest.[6]) Der gleiche Grundsatz gilt auch für das Handelsrecht; so alltäglich auch die Annahme von Surrogaten unter den Kaufleuten ist, so beruht diese Uebung doch nicht auf der Ueberzeugung der Rechtsnothwendigkeit.[7]) — Es gilt dies in gleicher Weise bezüglich der Banknoten und Kassenscheine,[8]) wie bezüglich ausländischen Geldes,[9]) der Wechsel, Anweisungen, Checks, Koupons und sonstigen Werthpapiere und erst recht bezüglich der Waaren.[10])

---

[6]) L. 2 § 1 D. XII, 1; Oesterr. B.G.B. § 1413, Sächs. B.G.B. § 694, C. c. 1243. Schweiz. Obl.R. 98. — Preuss. L.R. I 16, § 11; allerdings bestimmt § 28 ebendaselbst: „Geschieht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld oder geldgleiche auf jeden Inhaber lautende Papiere, so wird solches eine Zahlung genannt"; jedoch ist hier die freiwillige Annahme des Gläubigers vorausgesetzt; vgl. Gruchot p. 75, wo auch die Literatur der preussischen Kontroverse; hinzuzufügen ist noch Dernburg § 92 Not. 2, der unter jenen geldgleichen Inhaberpapieren nur Banknoten, u. Eccius § 91 Not. 62, der darunter unverzinsliche Inhaberpapiere, insbesondere Banknoten versteht, Goldschmidt § 107 Not. 23 u. § 109 Not. 22. Busch Arch. XI p. 261 ff. u. XXIX p. 346 Note (R. Koch).

[7]) Goldschmidt § 108 Not. 22, Endemann Not. 7—9. Zeitschr. f. H.R. XVII p. 215 (O.G. Wolfenbüttel 6. Jan. 1866).

[8]) Gesetz v. 30. April 1875 § 5; Bankgesetz v. 14. März 1875 § 2. Die Aktiennovelle v. 18. Juli 1884 Art. 210 Abs. 3 a. E. bestimmt bez. der vor Eintragung baar einzuzahlenden 25 %: „Als Baarzahlung gilt die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen, sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken." Doch liegt selbst in diesem Falle nur eine Berechtigung, keine Verpflichtung der Empfänger zur Annahme von Reichskassenscheinen oder Banknoten vor. Vgl. Kayser, Komm. p. 76 Not. 15. Vgl. noch Massé 2124 u. unten Not. 13 u. Not. 10 (Munzinger, Keyssner).

[9]) Vgl. R. Koch in Busch, Arch. XXIX p. 347 ff. Note; derselbe in Busch, Zeitschr. f. D. Civilprozess III p. 363 ff. Ueber ausländische Banknoten vgl. Busch, Archiv VI p. 49.

[10]) A. M. gerade für Kaufleute bezüglich der Banknoten und des Papiergeldes der Munzingersche Entwurf Art. 220 und sämmtliche Entwürfe des Schweiz. Obl.Rechts; sie erklären den Gläubiger, „wenn er ein Kaufmann ist, für verpflichtet, Banknoten und Papiergeld, die ihm von einem anderen Platze an Zahlungsstatt zugesandt werden, bestmöglichst zu verwerthen und den Erlös in Zahlung anzunehmen." Nach Munzingers Motiven p. 202 entspräche dieser Satz „einem wirklichen Bedürfniss"; es sei „ein Satz ächtverstandener aequitas; ein Kaufmann solle so viel kollegialische Rücksicht gegen seinen Schuldner üben, dass er Banknoten und Papiergeld, die ihm zugesandt worden sind, nicht wieder mit Kosten retour sendet, und besonders, wenn ihr Kurs im Fallen begriffen ist, sondern dass er im Interesse seines Schuldners die empfangenen Papiere bestmöglichst verwerthet." Die Nationalraths-Kommission fand jedoch, dass diese Pflicht unter Umständen, namentlich an abgelegenen Plätzen, sehr lästig sein könne; die Sache sei besser den Parteien zu überlassen: auf ihren Antrag wurde der Satz gestrichen. Schneider u. Fick Not. 1 zu Art. 98. — Nach Marperger p. 434 obligiret die Complaisance, welche Kaufleute, welche in einer Stadt wohnen, sich untereinander zu erweisen schuldig seien, die Mühe der Assignationseinziehung zu übernehmen. Einzelne Wechselordnungen z. B. Augsburg 1716 c. 4 § 3, Braunschweig 1715 Art. 50, Botzen 1635, 1666 Art. 10, Breslau § 38, Frankfurt § 41, Jever § 17, Leipzig § 25 u. Oesterreich Art. 40 verpflichteten den Wechselinhaber, „zu Beförderung des Kommercii und Ersparniss doppelter Ueberzählung" die Verweisung auf parates Geld bei einem tertio, resp. überhaupt assignationes unter gewissen Voraussetzungen (z. B. bei

2. Die Leistung an Zahlungsstatt erfordert:[11])

a. eine zahlbare Obligation; reichsgesetzlich ausgeschlossen sind nur[12]) einerseits die Forderungen von Aktien- und von Kommandit-Aktiengesellschaften auf Einzahlung von 25% der gezeichneten Aktienbeträge, indem eine Hingabe von anderen Zahlmitteln als Geld, Reichskassenscheinen und Banknoten[13]) nicht als Zahlung gilt, und andererseits die Lohnforderungen der Arbeiter von Gewerbtreibenden; bei letzteren ist die Hingabe an Zahlungsstatt mit Ausnahme gewisser zum Leben unentbehrlicher Gegenstände[14]) nicht nur zur Tilgung der

Objekten über 100 Rthlr. unter Handelsleuten) sich gefallen zu lassen: vgl. dagegen die Augsburger W.O. v. 1665 u. 1682 Art. 14, Nürnberg. W.O. v. 1654 Art. 3 (Raumburger p. 632, auch p. 606 u. 641), Cöthener W.O. 65, Danz. V. v. 1766, Elbing. W.O. 43, St. Gallen W.O. § 25, Hamb. V. v. 1610, Hannov. W.O. § 28, Oesterr. Hofdekret v. 1802, Preuss. L.R. II 8 § 1118, Weimar. W.O. § 89 (Treitschke, Encykl. II p. 768 ff., Stryk, Usus mod. XVIII, 4 § 32). Nach dem Württemb. Entwurf 661 darf der Wechselinhaber sich nicht weigern, wenn „der Bezogene eine andere ansässige Person oder Handlungshaus am Zahlorte bezeichnet, bei welcher die Bezahlung in Empfang zu nehmen". Vgl. dazu die wenig zwingenden Motive p. 567 („da eine Weigerung nur Weitläufigkeiten herbeiführen würde"). Keyssner behauptete früher für preussische Kaufleute bei Tilgung ihrer Geldforderungen aus Handelsgeschäften eine usuelle Pflicht zur Annahme von Kassenanweisungen und Banknoten in Zahlung, und zwar zum Nennwerth, resp. falls der Kurs unter Pari steht, zum Kurse; diese Pflicht cessire nur bei Eintritt oder gegründeter Befürchtung einer Stockung in der Realisation jener Papiere; vgl. dagegen jetzt in Saling's Börsenpapiere I p. 258 Note, sowie Goldschmidt § 108 Not. 22, § 109 Not. 5, Endemann Not. 9. Ueber eine angebliche Pflicht zur Annahme von Anweisungen bei Zahlungen, die der Gläubiger an einem anderen Orte zu empfangen hat, vgl. Brinckmann Not. 11, Mittermaier § 561 Not. 4 und neuerdings auch bezüglich der Checks unter Kaufleuten, wenn der Schuldner die Zahlung an einem anderen als seinem gewöhnlichen Wohnort zu leisten hat, Funk, Ueber die rechtliche Natur des Check, 1878, p. 15 u. 16; vgl. aber Hulshoff, De cheque uit een econ. en jurid. oogpunt beschouwd. Amsterd. 1870 p. 166 Not. 2, 167.

[11]) Römer p. 31 ff., Dernburg Not. 3 ff.

[12]) Die Bestimmung der Seemannsordnung § 38 beschränkt die vereinbarte datio in solutum nicht; sie enthält andererseits aber auch keine Ausnahme vom Satze „aliud pro alio invito creditori solvi non potest"; denn, wenngleich sie Zahlung entweder baar oder mittelst einer auf den Rheder ausgestellten Sichtanweisung zulässt, so ist doch das Wahlrecht dem Schiffsmann, also dem Gläubiger übertragen. Vgl. auch Preuss. Einf.Ges. zum H.G.B. Art. 56 § 1. – Ueber das ehemalige Verbot der datio in solutum bei dem Rentenkauf vgl. Endemann, Stud. II p. 134 u. 239; in Piacenza, Mailand. Bologna war gerade für das debitum mercantile Zahlung in Geld vorgeschrieben und Hingabe von Waaren an Zahlungsstatt verboten. Lattes p. 126, 133 Not. 17 u. 18.

[13]) H.G.B. 176 Abs. 3 u. 210 Abs. 3 in der durch die Novelle v. 18. Juli 1884 veränderten Fassung. Statutarische Apports sind natürlich gestattet. Vgl. auch oben Not. 8.

[14]) Nämlich von Lebensmitteln zum Selbstkostenpreise, von Wohnung, Feuerung, Landnutzung, regelmässiger Beköstigung, Arzneien und ärztlicher Hilfe, sowie von Werkzeugen und Stoffen zu den ihnen übertragenen Arbeiten. Die R.Gew.O. § 115 erwähnt jene Ausnahme allerdings zunächst als Ausnahme von Waarenkreditirungsverbot; doch dürfte mit der Gestattung solche Waaren kreditweise herzugeben und demnächst auf die Lohnforderung zu kompensiren (Thöl § 83 Not. 5, 316 Not. 4), auch die Hingabe an Zahlungsstatt erlaubt sein. Vgl. noch oben I p. 271 (Wendt), sowie Dernburg § 192 Not. 38, Mandry p. 427 ff.

Lohnforderung ungeeignet, sondern es sind auch entgegengesetzte Verabredungen für nichtig[15]) und strafbar erklärt.

b. Veräusserungsbefugniss des Leistenden und des Empfängers;[16])

c. einen Vermögensgegenstand, der überhaupt Objekt einer obligatorischen Leistung sein kann, sei es nun eine körperliche Sache, ein Forderungs- oder ein sonstiges Recht oder eine Handlung.[17])

Verpfändete Gegenstände können, soweit das Verbot der lex commissoria reicht, dem Pfandnehmer nicht in Zahlung gegeben werden.[18])

d. die Willenseinigung der Betheiligten über die Tilgung der alten Schuld durch die Konstituirung des neuen Rechts. Der Konsens kann, insofern dies Geschäft auch nur für den Leistenden oder für den Empfangenden nach Art. 273 oder 271 Z. 1 Handelsgeschäft[19]) ist, formlos erklärt sein; er kann auch aus konkludenten Thatsachen, insbesondere aus der Leistung und Annahme zwischen Schuldner und Gläubiger sich ergeben; doch ist Vorsicht um so mehr geboten, als Hingabe und Annahme bei bestehendem Schuldverhältniss auch in Folge Kaufvertrags, Trödelvertrags, Verkaufsauftrags begegnen, die Absicht möglicherweise auch dahin geht, dass der Empfänger aus dem im Wege des Verkaufs zu realisirenden Erlöse sich befriedige.[20]) Der Konsens muss sich auch auf den Betrag erstrecken, zu welchem der Vermögensgegenstand geleistet und genommen werden soll; im Zweifel ist der Börsen- oder der Marktpreis als der stillschweigend gewollte Betrag anzunehmen;[21]) hat der Gegenstand keinen Börsen- oder Marktpreis, so ist im Zweifel wol der gemeine Werth der in solutum gegebenen Sache entscheidend.[22]) Banknoten, deren Kurs vom Nennwerth verschieden ist, gelten im Zweifel als zum Kurse in Zahlung genommen.[23]) Für die Richtigkeit des Geldanschlags haftet der Geber ohne besondere Abrede nicht.[24])

[15]) Thöl § 83 nach Not. 2: „nichtig, was die gewollte Wirkung betrifft, aber insofern gültig, als das . . . . an Zahlungsstatt Gegebene ihm nicht von seinem Kontrahenten abverlangt werden kann, sondern einer bestimmten Kasse zufallen soll.“ Vgl. auch Mandry p. 429 u. oben § 427 Not. 124 ff.

[16]) Römer p. 32 u. Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 5.

[17]) Erlass einer Forderung ist jedoch keine Leistung an Zahlungsstatt, sondern Kompensation. Römer p. 34. Die Annahme, dass nach Preuss. L.R. nur körperliche Sachen in solutum gegeben werden können (Römer p. 180 ff. und die dort Citirten), ist irrig; vgl. Dernburg Not. 3, Koch Not. 13.

[18]) Römer p. 151 ff.; vgl. oben § 440 p. 971 ff.

[19]) Vgl. oben I § 14 Not. 20. — Wenn kein Handelsgeschäft vorliegt, bedarf es nach Preuss. Recht (I 16 §§ 11 u. 235) der ausdrücklichen Erklärung der Schuldtilgungsabsicht. Dernburg Not. 5, Koch § 160 bei Not. 8. Vgl. überhaupt Römer p. 32 u. 62 ff.

[20]) Endemann bei Not. 10 u. 18.

[21]) Brinckmann Not. 10, Endemann Not. 11. Gegen das Erforderniss einer Taxe Römer p. 34 ff.; Taxation unter den Parteien schreibt das Preuss. L.R. vor § 237 I 16, einseitige Taxation berechtigt zur Zurückgabe resp. Zurückforderung. Vgl. Römer p. 181, Dernburg Not. 7, Gruchot, Beiträge p. 454 ff., 473.

[22]) Bei Forderungen hat nach Schweiz. Obl.R. Art. 193 der Erwerber sich nur das anrechnen zu lassen, was er erhält oder hätte erhalten können.

[23]) Goldschmidt § 109 Not. 43, Endemann vor Not. 14.

[24]) Endemann nach Not. 17.

c. Wirkliche Verschaffung des Rechts, welches den Gegenstand der Leistung an Zahlungsstatt bildet, also Verschaffung des Eigenthums oder Nutzungs-, Gebrauchs-, Forderungs- oder sonstigen Rechts.[25]) Das blosse pactum de dando in solutum verpflichtet zu dieser Verschaffung, ersetzt dieselbe aber nicht.[26])

3. Wenngleich Hingabe an Zahlungsstatt einerseits und der Kaufvertrag mit Kompensation des Kaufpreises gegen eine andere Forderung andererseits zu gleichem wirthschaftlichen Erfolge führen, und wenngleich gewisse Wirkungen des Kaufs auch auf die datio in solutum analog angewandt werden, so sind doch beide Institute keineswegs identisch. Die Leistung an Zahlungsstatt ist keine Kombination zweier Geschäfte, auch kein zweiseitiger obligatorischer Vertrag, sondern ein einfaches, rein solutorisches Geschäft.[27])

4. Die Leistung an Zahlungsstatt tilgt die frühere Schuld ipso jure,[28]) sofern nur dem essentiellen Erforderniss, der wirklichen Verschaffung des neuen Rechts genügt, sofern also die res corporalis in das Eigenthum des zu Bezahlenden gekommen, die Forderung übergegangen, die Handlung geleistet ist. Stellt sich heraus, dass das Recht mangelhaft verschafft ist, so hat der frühere Gläubiger nach der herrschenden Ansicht die Wahl zwischen der Geltendmachung der früheren Forderung und dem Entwährungsanspruch nach Analogie des Kaufes auf Leistung des Interesses,[29]) es sei denn, dass er das mangelhafte Recht des an Zahlungsstatt Leistenden bei der Leistung gekannt hat.[30])

Faktische heimliche Mängel der an Zahlungsstatt gegebenen körperlichen

---

[25]) Römer p. 38 u. Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 20. Dernburg nach Not. 3.

[26]) Römer p. 17 ff.; vgl. aber auch Dernburg Not. 4. R.O.H.G. V p. 420.

[27]) Römer p. 4 ff. 13, 28 ff. 51. — c. 4 C. VIII 45: Nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet. l. 15 D. 42, 4: emtori similis est, item is, qui rem in solutum accepit. Windscheid Not. 10 a. E. u. Not. 14, Endemann Not. 16, Stud. II p. 239. Ueber die Analogie der Hing. an Zahlungsstatt und des Verkaufs im indischen und altschwedischen Recht Kohler in Zeitschr. f. vgl. R.W. III p. 180 u. v. Amira p. 270 Not. 3, 351, 481 u. 567. Vgl. auch R.O.H.G. V p. 418 ff., VIII p. 97, X p. 209, XV p. 49 ff., XX p. 37 ff.

[28]) Römer p. 63 ff., Windscheid Not. 10. Gruchot p. 465 ff.

[29]) Römer p. 39 ff., 43 Not. 20, 54 ff. u. 83 ff. Windscheid Not. 14. Nach Brinz § 280 Not. 12 hat der Gläubiger dreifaches Wahlrecht (zwischen Eviktionshaft, Kondiktion der alten Forderung und Geltendmachung der alten Forderung). Nach Preuss. Recht § 242 ff. kann der Gläubiger den Entwährungsanspruch wie ein Käufer, die alte Forderung aber anomaler Weise nur dann geltend machen, wenn die Klage des Dritten auf das in Zahlung Gegebene innerhalb eines Jahres angestrengt worden. Dernburg Not. 11 ff., Gruchot p. 468 ff. Vgl. auch v. Amira p. 481: „Wie der Verkäufer übernimmt, wer an Zahlungsstatt leistet, die Gewährschaft.“ Endemann Not. 17 hebt mit Recht hervor, dass, da die Hingabe an Zahlungsstatt „Veräusserung“ im Sinn der Art. 306 u. 307 H.G.B. ist, im Umfange jener Artikel der Gläubiger schon durch redlichen Erwerb Eigenthum und Sicherheit gegen Entwährung erwerbe. Immerhin bleiben noch zahlreiche Fälle, die doch auch dem Handelsgeschäftsverkehr angehören, in denen Eviktion möglich ist; man denke nur an den Fall, dass ein Kaufmann von einem Nichtkaufmann zur Tilgung von Schulden aus einem Handelsgeschäft Sachen an Zahlungsstatt, vielleicht sogar in der Absicht der Weiterveräusserung annimmt.

[30]) Vgl. auch Römer 85 ff., Dernburg § 98 a. E.

Sache hindern zwar die Tilgung der alten Obligation nicht; diese ist aufgehoben; dagegen ist der alte Gläubiger befugt, auch bei Hingabe einer nur dem genus nach bestimmten Sache, mit der a. redhibitoria die Aufhebung des ganzen Geschäfts nach allen Richtungen hin oder mit der a. quanti minoris den Minderwerth zu verlangen.[31]) Bei Werthpapieren haftet der Geber im Zweifel dafür, dass sie echt[32]) und nicht amortisirt sind.

5. Zu den Surrogaten, deren sich der Handel vorzugsweise, ja in weit höherem Grade als des Geldes zur Zahlung bedient, gehören die Forderungen, insbesondere verbriefte Forderungen, Aktien,[33]) Pfandbriefe, Anweisungen, in Erwartung der Zahlung ausgestellte Quittungen,[34]) verfallene Zinskupons und Dividendenscheine, und vor allem Banknoten,[35]) Wechsel[36]) und Checks.

6. Nach altem kaufmännischen Gewohnheitsrecht kann der Schuldner an Zahlungsstatt auch eine Forderung gegen sich selbst konstituiren. Promissio mercatoris cedit in locum solutionis.[37]) Einer Angabe der causa bedurfte diese tilgende promissio mercatoris schon frühzeitig nicht.[38]) Auch im heutigen Handelsverkehr werden Forderungen oft durch Versprechen an Zahlungsstatt getilgt, so bei Zahlung der Bank mit den eigenen Banknoten,[39]) ferner durch

---

[31]) Römer p. 113 ff. (R. Koch in Buschs Arch. XXIX p. 346), Siebenhaar, Lehrb. p. 469 Not. 2 u. p. 606. A. M. anscheinend Endemann Not. 16.

[32]) Endemann vor Not. 17.

[33]) R.O.H.G. XI p. 226, Endemann Not. 21.

[34]) Ladenburg in Zeitschr. f. H.R. XI p. 84 ff.

[35]) So Goldschmidt, Endemann, Brinz, Laband, Kuntze; a. M. oben Brunner II p. 204 (Zahlung, nicht datio in solutum), R. Koch II p. 138 Not. 51 u. in Busch, Zeitsch. f. D. Civ.Pr. III p. 372, Mandry p. 212, Dernburg II § 32 a. E., Knies, Kredit p. 201.

[36]) Ueber das wirthschaftliche Verhältniss von Wechseln u. Geld vgl. Goldschmidt § 109 Not. 21 und die dort Citirten; Roscher III § 57 Not. 3, Knies, Kredit p. 265 ff., 294. Gegen die Annahme der datio in solutum bei Wechseln ist u. A. auch Dernburg § 63 Not. 13; am deutlichsten tritt ihm zu Folge die Unanwendbarkeit beim Accept hervor, „welches der Acceptant auf die ihm vorgelegte Tratte setzt, ohne dass er irgend etwas aushändigt". Fordert denn aber die Cession einer unverbrieften Forderung an Zahlungsstatt, die doch Dernburg § 98 nach Not. 3 selbst als Fall der datio in solutum aufzählt, eine Aushändigung? Die Leistung in solutum besteht eben nicht nothwendig in einem physischen dare; vgl. Römer p. 34 Not. 3 u. p. 2 Not. 7. Ueber die Literatur der grossen Streitfrage, ob der Wechsel novire, vgl. die Citate bei Schauberg, Römer, Hellmann, Thöl § 187 Not. 3 und Gruchots Zusammenstellung von höchstrichterlichen Entsch. in s. Beitr. XVIII (1874) p. 842—871; vgl. auch Wächter, Encykl. p. 53 u. 132 ff. R.O.H.G. IV p. 371 ff., V p. 256, VII p. 43 ff., IX p. 245, 132 ff., XX p. 85, ferner Massé 2203 ff., 2212 ff. — Morstadt § 61 C. sieht in der „sog. Zahlung durch trockenen Wechsel nur ein constitutio (sic) debiti proprii, also ein blosses Zahlungsversprechen;" in der sog. Zahlung „durch trassirte Wechsel aber blos eine Assignation, also ein Hinausschieben der Zahlung, mit dem Versprechen, dass sie per tertium geschehen solle".

[37]) Endemann, Stud. I p. 457 u. II p. 240 und die daselbst Citirten: Bartolus, Matth. de Afflictis, Straccha, Scaccia, Rota Gen. u. Rom.

[38]) Endemann, Stud. II p. 240 Not. 60.

[39]) Schauberg p. 258. Vgl. übrigens auch Hellmann p. 51.

Hingabe eigener Wechsel oder durch Acceptirung von Tratten.[40]) Sehr oft werden gleichzeitig Forderungen gegen Dritte und gegen sich selbst vom Schuldner in Zahlung gegeben, insbesondere durch Indossament acceptirter oder bereits girirter Tratten.

7. Wie schon an anderer Stelle erwähnt,[40a]) ist stets zunächst zu untersuchen, ob die Hingabe auch wirklich **an Zahlungsstatt** oder etwa nur **zahlungshalber** erfolgt ist.

Eine Forderung gilt als **an Zahlungsstatt** hingegeben, wenn die Parteien sich dieses Ausdrucks bedient, oder wenn sie doch in sonstiger Weise[41]) unzweideutig anerkannt haben, dass die alte Forderung durch Hingabe und Annahme der neuen Forderung wirklich getilgt sein solle.[42]) Ein solches Anerkenntniss liegt in einer unbedingten, ernst[43]) gemeinten Quittung[44]) des Gläubigers über die alte Schuld, gleichviel ob in derselben schlechthin oder unter ausdrücklicher Erwähnung der neuen Forderung quittirt worden,[45]) auch in der Aushändigung der Urkunde über die alte Schuld.[46])

Fehlt es an jeder ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der Parteien darüber, ob sie eine Forderung an Zahlungsstatt oder Zahlungshalber hingegeben und angenommen haben, so ist bei Banknoten,[47]) Reichskassenscheinen und Postmarken für die Hingabe an Zahlungsstatt zu präsumiren;[48]) ebenso bei Hingabe

---

[40]) Vgl. oben Not. 37.

[40a]) Vgl. oben II § 257 Not. 7 ff. (Regelsberger) und übrigens auch unten IV § 23 Not. 13 ff. (Kuntze). Die englisch-amerikanische Jurisprudenz unterscheidet zwischen conditional und absolute payment. Daniel II p. 262 ff. Die franz. Geschäftssprache unterscheidet zwischen recevoir en payement und en réglement. Massé 2203 ff. besonders p. 101. Vgl. auch die Gegenüberstellung von accipere pro soluto und pro solvendo bei Baldus consil. 348 No. 2: Ansaldus D. 2 No. 27 ff. und Casaregis D. 44 No. 41, 51 No. 8, 78 No. 22.

[41]) Vgl. auch Daniel p. 270.

[42]) Wächter, Encyklop. des W.R. p. 134.

[43]) Vgl. den Fall R.O.H.G. X p. 47: Quittungsleister war ein Schmied in dürftigen Verhältnissen, der über den Empfang des Restkaufpreises seines Grundstücks dem Käufer, einem Schäfer, gegen Empfang von dessen Wechselaccept einfach quittirte; nach Ansicht des R.O.H.G. war schwerlich anzunehmen, dass er sich wirklich für bezahlt erachten wollte; verständiger Weise konnte sein Wille „nur dahin gehen, sich für die kreditirte Kaufgelderforderung wechselmässig zu sichern". Vgl. auch Massé 2204, Laurent XVIII 287.

[44]) Z. B. „durch Accept beglichen", „Betrag mit Accept dankend erhalten", „geordnet mit Accept", Thöl, W.R. § 187 Not. 6 (aber auch H.R. § 328 Not. 109), Bender, W.R. § 386 Not. f., Dernburg § 63 Not. 13, vgl. Not. 29. Die amerikanische Praxis schwankt. Daniel selbst p. 270 will die Quittung „in payement" oder „payment in full" im Sinne bedingter Zahlung interpretirt wissen. Vgl. noch Raumburger p. 645 ff.

[45]) Dagegen nimmt H.G.B. von Argentina 984 a. l. 2 u. 3 an, dass bei einfacher Quittung ohne Erwähnung der empfangenen Papiere die alte Verpflichtung erlösche, während bei Quittung mit Erwähnung der Wechsel u. s. w. die alte Forderung bestehen bleibe, „und die ausgestellte Quittung ist von der Bezahlung der Billets oder Wechsel abhängig." Vgl. auch Pardessus 221, Massé 2204, Laurent 283.

[46]) Württemb. Entw. Motive p. 331.

[47]) Goldschmidt § 109 bei Not. 42, Endemann § 82 Not. 9. Vgl. oben Not. 35.

[48]) Vgl. Gareis in Buschs Arch. XXXIV p. 104 ff., Dahn, Handelsrechtliche Vorträge p. 125. – Papiergeld sind sie nicht: a. M. v. Hahn, Komm. zu Art. 271 Nr. 1 Not. 17.

jederzeit veräusserlicher Werthpapiere zum Markt- oder Börsenpreis;[49]) dagegen streitet im Uebrigen im Zweifel die Vermuthung für Hingabe **zahlungshalber,**[50]) die erfolgte Buchung steht dieser Vermuthung nicht entgegen.[51]) Diese letztere Vermuthung greift auch bei allen Arten Wechseln,[52]) bei Checks,[53]) selbst bei

---

[49]) Endemann § 125 Not. 28.

[50]) Regelsberger a. a. O. Not. 9, Dernburg § 63 Not. 8. Vgl. auch H.G.B. von Argentina 984: „Sollte der Schuldner dem Gläubiger (Ordre)-Billets oder Wechsel im Betrage der geschuldeten Summe geben, so besteht die ursprüngliche Schuldforderung dennoch weiter fort . . ."; eine Ausnahme von dieser Regel in 984 a. l. 2 vgl. oben Not. 45. Das neue Schweiz. Obl.R. 193 resp. 192 a. l. 2 unterscheidet zwischen Cession zahlungshalber und der Abtretung an Zahlungsstatt (Schneider u. Fick Not. 1 zu 193), anscheinend ohne eine Präsumption aufzustellen. Gegen jede allgemeine rechtliche Vermuthung Endemann Not. 23 nach Not. 26 u. Not. 31, auch Studien II p. 239 Not. 56. Vgl. auch oben Not. 36 (Morstadt). Ansaldus D. 2 No. 28 (summarium): „Cessionis, vel ordinis receptio in dubio praesumitur pro solvendo, non pro soluto."

[51]) Endemann Not. 31 a. E., R.O.H.G. V p. 28. Vgl. aber das H.G.B. von Argentina Art. 985 a. l. 3. „Wenn der Gläubiger den Namen des neuen Schuldners in seine Handlungsbücher einträgt, so kommt diese Thatsache der Annahme desselben gleich, und die Novation wird als geschehen angesehen."

[52]) Casaregis, Disc. 51 No. 8: „Semper intelliguntur datae pro solvendo et non pro soluto." Ansaldus a. a. O. Massé 2203. So auch die englisch-amerikanische Praxis, falls der Schuldner „gives his own bill or note" oder einen Wechsel eines Dritten indossirt. Daniel II p. 262: („And by the general commercial law, as well of England as of the United States, a bill of exchange drawn or promissory note made by the debtor does not discharge the precedent debt for which is given, unless such be the agreement of the parties") u. p. 267. Dagegen nimmt Daniel p. 266, freilich im Gegensatz zur engl. Praxis und hohen amerikanischen Autoritäten absolute payment für den Fall an, dass der Schuldner die Tratte eines Dritten ohne Indossament überträgt. Vgl. auch Smith p. 538 ff. — „In Frankreich ist es allgemein üblich, den Wechsel „sauf encaissement" anzunehmen; die franz. Gerichte präsumiren sogar diese Klausel." So Schauberg p. 277. Vgl. Pardessus 221, Laurent XVIII Nr. 283, 287 Not. 1, 288, 291. Dagegen stellte das Züricher B.G.B. § 1062 eine gesetzliche Präsumption für Novation durch Wechsel auf, vgl. Hellmann p. 4 Not. 2; das Wetboek van koophandel Art. 236 setzt sogar unbedingt, nicht blos präsumtiv, Tilgung der alten Forderung fest, wenn ein Käufer für den vollen Betrag gekaufter und gelieferter Waaren einen Wechsel oder sonstiges Handelspapier acceptirt hat; das „Bedenkliche" dieser Bestimmung erkennt der Kommentar von Asser, Berg etc. an. Kist II p. 284.

[53]) A. M. Endemann p. 386 Not. 9 u. 609 N. 15. Vgl. aber R. Koch, Ueber Giroverkehr und den Gebrauch von Checks als Zahlungsmittel 1878 p. 32. Daniel II p. 751: „taking check implies that it is regarded as payment only when cashed"; p. 578: „but where a chek is received by the creditor, there is no presumption that he takes it in payment, but on the contrary the implication is that it is only to be regarded as payment if cashed." Daselbst über ein Dutzend bestätigender Urtheile und kein gegentheiliges Allegat! Vgl. auch Byles p. 25 Not. 7a: „If a creditor, however, in payment of any other debt than a bill or note, take a check, and the banker fail, or the check be dishonoured, the creditor's remedies remain entire." Walker p. 91: „But a check is no payment where it is not honoured, though it may have been taken in preference to cash." Vgl. auch Hulshoff p. 167 ff. Der Check ist eben bei all seiner Bedeutung als Zahlungsmittel doch nicht mit Banknoten und Reichskassenscheinen auf die ganz gleiche Stufe zu stellen, wie Endemann und auch wohl Goldschmidt § 109 Not. 26 ff. es thun; jene sollen durch viele Hände kursiren, ehe sie zur Einlösung gelangen, sollen

acceptirten Checks,[54]) nicht minder bei verfallenen Zinskupons und Dividendenscheinen[55]) Platz.

Mit beiden Fällen nicht zu verwechseln ist der möglicherweise beabsichtigte **Verkauf** der Forderung unter Kompensation des Kaufpreises mit einer älteren Schuld.[56])

8. Die wirkliche Hingabe der Forderung an Zahlungsstatt kann durch **Cession**, **Delegation** oder durch sog. **Novation** im engeren Sinne[57]) sich vollziehen.[58]) Die Begriffe Novation, resp. Delegation und datio in solutum sind keineswegs, wie man behauptet hat,[59]) die „reinsten Gegensätze"; es kann wie in solutum cedirt, so auch in solutum delegirt werden;[60]) es kann die Novation auch den Zweck verfolgen, dem alten Gläubiger die neue Forderung in Zahlung zu geben.[60a])

Umlaufsmittel sein, der Check dagegen nicht (Koch a. a. O. p. 33). Selbst acceptirte Checks stehen nach der Aktiennovelle den Banknoten und Kassenscheinen als Baarzahlungssurrogat nicht gleich. Vgl. Kayser a. a. O. Not. 14. Vgl. auch Jurist. Blätter VII p. 309 ff. u. unten § 454 Not. 151.

[54]) Daniel p. 581 u. 751 „certified checks taken for debts are not payment".

[55]) Ladenburg in Zeitschr. f. H.R. IV p. 247 ff.: „Hierbei hat sich die Uebung gebildet, dass derjenige, welcher dergleichen Papiere in Zahlung gibt, auch ohne ausdrückliche Verabredung, also gewissermassen stillschweigend oder selbstverständlich die Gewähr dafür übernimmt, dass sie zu dem nominellen Betrag eingelöst werden." Vgl. auch Entsch. des Mittelrhein. Hofgericht, 1858, in Zeitschr. f. H.R. II p. 444 (entweder Regress aus der Cession des Kupons oder Klage aus dem ursprünglichen Geschäft resp. Replik des Irrthums über den Werth desselben). Es kann natürlich auch Hingabe an Zahlungsstatt oder Verkauf zum Kurse oder zu einem vereinbarten Preise gemeint sein. — Werden Kupons nicht dem Gläubiger in Zahlung gegeben, sondern von einem Bankier, der nicht vom Emittenten mit Einlösung beauftragt ist, durch sofortige Auszahlung des vollen oder doch nahezu vollen Nennwerths umgewechselt, so liegt im Zweifel nicht, wie Ladenburg a. a. O. und das Landgericht Dresden (Busch, Arch. 45 p. 370) annehmen, Mandat mit anticipirter Zahlung vor, denn der Bankier übernimmt keinerlei Pflicht zur Einziehung der Scheine, sondern Verkauf mit präsumtiv übernommener Haftung für die Realisirung derselben. Verkauf von Dividendenscheinen, ehe der Betrag der Dividende bekannt ist, ist mit Ladenburg p. 251 als emtio spei anzusehen; wird etwa die Dividendenzahlung abgelehnt, weil, was ja auch hie und da bei Aktien vorkommt, die betreffende Aktie amortisirt, oder weil der Dividendenschein gefälscht ist, so muss der Verkäufer, da er ein aliud geliefert, den empfangenen Betrag restituiren. Vgl. überhaupt noch Keyssner in Saling's Börsenpap. p. 254 ff., 264, 648 ff.

[56]) Goldschmidt § 109 p. 1223; vgl. oben Not. 27.

[57]) Dernburg § 63: „Eine Novation im engeren Sinne liegt vor, wenn ohne Wechsel der betheiligten Personen an Stelle der bisherigen Obligation eine neue gesetzt wird."

[58]) Römer p. 91 ff.

[59]) Schauberg in Zeitschr. f. H.R. XI p. 201. Vgl. auch Hellmann p. 11.

[60]) Windscheid § 342 Not. 15 u. § 353 Not. 2, 3 a. E. u. Not. 9, Römer p. 97. Württemb. Entw. 360c. Vgl. auch Scaccia § 2 gl. 5 No. 281.

[60a]) Vgl. die Literaturnachweise bei Windscheid. Vgl. auch Thöl, W.R. § 187 nach Not. 8: „Wenn an Zahlungsstatt der Wechsel gegeben ist, also eine Novationserklärung da ist." Goldschmidt § 109 nach Not. 24: „So ist insbesondere „Zahlung" mit Wechseln immer nur datio in solutum und nur aufgeschobene Zahlung. Ob der Zahlende sogleich liberirt wird, hängt von der besonderen Modalität der „Zahlung" ab.

Ob Novation vorliegt, ob insbesondere die Delegation novirt, hängt von der Absicht, bei der Delegation von der Absicht des Delegatars ab, sofern der Delegatar durch Novation sich seiner ursprünglichen Forderung begibt.[61])

In jedem Falle, ob Novation oder nicht, erlischt durch die wirkliche Hingabe der Forderung an Zahlungsstatt die alte Schuld.

Der alte Gläubiger hat keine Pflicht zur Beitreibung der ihm hingegebenen Forderung. Der Hingebende haftet für die Solvenz des neuen Schuldners nur bei besonderem Garantieversprechen (z. B. Wechselgiro) des Hingebenden oder in Folge seines dolus.[62]) Für die Existenz der neuen Forderung haftet er gemeinrechtlich zwar bei Cession,[63]) nicht aber, ohne besonderes Versprechen, bei Delegation oder Novation.[63a])

9. Wird nur **zahlungshalber** dem Gläubiger eine Forderung an einen **Dritten** hingegeben (cedirt, indossirt), so ist der „richtige Eingang" vorbehalten. Der Gläubiger kann zunächst nur mittelst der neuen Forderung Zahlung suchen: möglicherweise ist er sogar vertragsmässig verpflichtet, die Forderung im Interesse des Schuldners beizutreiben, das Empfangene zur Befriedigung für seine eigene Forderung zu verwenden, den Mehrerlös dem Schuldner herauszugeben und für den durch Vernachlässigung dieser Pflicht dem Schuldner erwachsenen Schaden zu haften.[64]) Die alte Forderung erlischt erst, wenn und insoweit der Gläubiger durch die Beitreibung bezahlt ist; bis dahin ist sie suspendirt; steht definitiv fest, dass er durch die Beitreibung, aller Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters oder Kaufmanns ungeachtet, keine Befriedigung erhalten, so kann der Gläubiger gegen Rückgabe (Rückcession, Rückgiro) der zahlungshalber gegebenen „rechtlich unversehrten also unverjährten"[64a]) Forderung die alte Forderung wieder geltend machen und zwar sofort, also ohne dass er nöthig hätte, den etwaigen Regress aus der zahlungshalber hingegebenen Forderung vorher zu versuchen. Die Beweislast bezüglich der prästirten Diligenz trifft den auf die alte Forderung zurückgreifenden Gläubiger.

Der Regel nach kann der Gläubiger anstatt durch Beitreibung auch durch **Weiterveräusserung** der zahlungshalber hingegebenen Forderung Zahlung suchen. Auch in diesem Falle bleibt die alte Forderung suspendirt und zwar bis fest-

---

Sofortige Liberation tritt ein, falls die „Zahlung" als Verkauf des Wechsels gemeint ist...; oder als Novation, indem an die Stelle der bisherigen Forderung die Wechselforderung gegen den Geber oder gegen einen Dritten gesetzt wird."

[61]) An und für sich haben, wie von Salpius erwiesen, Novation und Delegation nichts gemein. Windscheid § 342 Not. 15, § 353 Not. 9. Laurent 311.

[62]) Daniel II p. 270. Auch bei Banknoten Goldschmidt § 109 Not. 42, Endemann § 125 Not. 15. Nach amerikanischem Recht ist es zwar streitig, doch kommt mit vielen Autoritäten Daniel II p. 617 ff. für alle Fälle (ausgenommen Vertrag und Kenntniss der Insolvenz Seitens des transferrer) zu dem Resultat: „Transferrer warrants genuineness, but not solvency."

[63]) Vgl. Regelsberger a. a. O. Not. 8, Römer p. 99.

[63a]) Römer p. 97 ff.

[64]) Vgl. oben Regelsberger a. a. O. Not. 10.

[64a]) Thöl, W.R. § 188 vor N. 8.

steht, dass der Gläubiger aus der veräusserten Forderung nicht im Regresswege in Anspruch genommen werden kann. Steht dies fest, so erlischt die alte Forderung, sei nun die Ursache des Regresswegfalls die Zahlung der neuen Forderung durch den Drittschuldner oder Präjudizirung, Verjährung derselben oder vertragsmässiger Ausschluss der Haftung oder Verzicht des Regressberechtigten.[65]) Wird dagegen der Gläubiger aus der Veräusserung in Anspruch genommen und muss er rechtlich seinem Erwerber haften, so kann er, ganz wie im vorigen Falle, gegen Rückgabe (Rückcession, Rückgiro) der erhaltenen und unversehrten Forderung die alte Forderung wieder geltend machen.

Ein sofortiges Zurückgreifen auf die frühere Forderung unter Rückgiro ist auch statthaft, wenn der Bezogene einer zahlungshalber hingegebenen Tratte die Annahme verweigert.[66])

Gibt der Schuldner zahlungshalber ein Versprechen (eigenen Wechsel, Accept, Schuldschein) dem Gläubiger, so ist derselbe nicht gehalten, zunächst mittelst der neuen Forderung seine Befriedigung zu suchen, ehe er auf die alte zurückgreift; vielmehr hat er, sofern ihm nur die neue Forderung als Gläubiger noch zusteht resp. wiederum zusteht, schlechtweg die **Wahl,** zwischen Geltendmachung der neuen und der alten Forderung. Wählt er das letztere, so hat er die neue Forderung zurückzugewähren.[67])

10. Juristisch charakterisirt sich jede Hingabe von Forderungen **zahlungshalber** als bedingt liberatorischer Vertrag, nämlich als eine Verabredung, dass die ursprüngliche Forderung suspendirt und **entweder** durch **Zahlung** Seitens des Drittschuldners **oder** (im Fall der Weiterveräusserung der Forderung und des definitiven Behaltendürfens der Valuta) durch **Erlass** getilgt sein solle.[68])

---

[65]) Vgl. zum Vorstehenden Thöl, W.R. § 188, Wächter p. 134 ff., Römer p. 78 ff., Dernburg § 63 Not. 9—12, R.O.H.G. VII p. 47 ff., X p. 133 ff., XX p. 85, XXI p. 38 ff., XVII p. 270 ff., XIX p. 174 ff. Vgl. auch Daniel II p. 275 ff., Smith p. 539 ff.: „yet although .. it is no satisfaction, it will operate as such, if the debtor's liability upon it be discharged by its loss or by the holder's laches or folly, as if he alter it so as to discharge the parties thereto". Württemb. Entw. 359 a. l. 2 u. 360 d.

[66]) Dernburg § 63.

[67]) Römer p. 71 ff., Thöl § 188 Not. 7, R.O.H.G. XXI p. 251.

[68]) So Römer p. 82 ff. Vgl. auch Hellmann p. 69 („pactum de non petendo der alten Schuld . . . Die civile Schuld gilt alsdann erlassen mit dem Momente der Wechselbegebung"). A. M. Dernburg Not. 11. — Thöl § 188 Not. 4 ff. spricht von Anrechnung des vom Drittschuldner oder dritten Erwerber erhaltenen Geldes auf die ursprüngliche Forderung. Schauberg p. 277 nimmt bedingte datio in solutum an. Die amerikanische Jurisprudenz: bedingte Zahlung. Der Drittschuldner resp. der weitere Erwerber des Wechsels will nicht die Schuld dessen zahlen, der den Wechsel gab. Vgl. übrigens auch R.O.H.G. V p. 46 ff. und die dort Citirten.

C. Indirekte Zahlung.

§ 450.

1. Das Zahlungsmandat.[1])

1. Bereits oben[2]) ist darauf hingewiesen, dass bei der indirekten Zahlung. — sie sei solutorisch oder nicht solutorisch,[3]) — ein Dritter als Zahlungsleister oder als Zahlungsempfänger die Uebereignung des Geldes[4]) vermittelt. Diese Vermittelung kann auch bezüglich der Zahlungssurrogate stattfinden.[5])

Die Vermittelung kann sich durch mechanische[6]) oder selbständige Thätigkeit der dritten Person vollziehen; die Mittelsperson kann innerhalb oder ausserhalb eines Dienstverhältnisses zum Zahler resp. zum Bezahlten stehen.[7]) Die Vermittelung kann in Folge eines den Vermittler verpflichtenden Auftrags (Mandats) oder einer ihn nur ermächtigenden Vollmacht stattfinden; der Vermittler kann natürlich gleichzeitig beauftragt und bevollmächtigt sein.[8]) Ratihabition steht der Vollmacht gleich.[9]) Auftrag resp. Vollmacht kann dem Zahlungsleister oder dem Zahlungsempfänger ertheilt sein. Der dem Zahlungsleister ertheilte Auftrag wird **Zahlungsmandat**,[10]) der dem Zahlungsempfänger ertheilte Auftrag wird **Inkassomandat** genannt. Nur vom Zahlungsmandat ist hier zu handeln.[11])

---

[1]) Literatur: Marquard II c. 11 No. 53 u. 54, c. 15 No. 15—21. Martens. Heise u. Morstadt § 19, Gengler, Lehrb. d. deutsch. Priv.R. p. 460 ff., Pöhls § 93, Brinckmann § 138, Endemann § 126 u. 128, Thöl §§ 318—322, Gareis § 482 ff. Günther in Weiskes Rechtslex. s. v. Anweisung I p. 327 ff., v. Plucinski. Zur Lehre von der Assignation und Delegation im Arch. f. d. civil. Praxis 1877 Bd. 60 p. 289 ff., Windscheid § 412, Dernburg II § 52 u. § 180 ff., Laband, Die Stellvertretung (in Zeitschr. f. H.R. X p. 203 ff.), Endemann, Studien II p. 237 ff. — Walker, A treatise on banking law p. 50 ff., Pardessus Nr. 196, 556—561.

[2]) § 444 Z. 2, vgl. auch § 445 Not. 23 ff.

[3]) Endemann § 126.

[4]) In einem weiteren Sinne gebraucht man auch wohl das Wort Zahlungsmandat zur Bezeichnung eines jeden Auftrags, eine Leistung (auch von Nichtgeld) an einen Dritten zu bewirken. Endemann § 128 Not. 1. Vgl. auch oben § 444 Not. 3.

[5]) Endemann § 126 Not. 2.

[6]) A. a. O., „Boten, Posten oder sonstige Transportanten." Vgl. auch oben § 445 Not. 92 ff.

[7]) A. a. O. bei Not. 3.

[8]) Laband Not. 7. — Der Unterscheidung von Auftrag und Vollmacht dürfte wohl der römische Gegensatz von Mandat und jussus entsprechen; Zeitschr. f. H.R. XXVI p. 325 (Leonhard über Gide); vgl. überhaupt Salpius, Nov. u. Deleg. p. 48 ff., Windscheid § 74 Not. 1a u. § 409 Not. 9, Brinz § 259 Not. 24 u. 30. § 282 Not. 31 u. § 334 Not. 17 ff., v. Plucinski p. 294 ff., 310 ff., Ströll, Wechselrevalirungsklage p. 20 ff., Kohler in Zeitschr. f. vgl. R.W. IV p. 315 u. bad. Annal. 1877, 43 p. 350.

[9]) Vgl. Windscheid § 74 Not. 5. Vgl. auch Brinckmann Not. 27, Endemann Not. 42.

[10]) In England: direction to pay, order for the payment, order, auch wohl draft, Walker p. 50.

[11]) Das Inkassomandat ist bereits oben II p. 530 ff. von Regelsberger dargestellt; vgl. auch §§ 347 u. 369 Not. 20 ff. (Schott) u. unten IV § 46 (Brachmann).

2. Je nachdem der Zahlungsauftrag einem Schuldner oder Nichtschuldner des Mandanten ertheilt ist, unterscheidet man das Zahlungsmandat im engeren Sinne[12]) und das Zahlungsmandat auf Kredit. Letzteres wird wohl auch als Kreditbrief bezeichnet,[13]) doch empfiehlt sich die Verwendung des schon an sich mehrdeutigen[14]) Wortes Kreditbrief für das Zahlungsmandat auf Kredit um so weniger, als das Letztere auch ohne Briefform, vielmehr mündlich ertheilt werden kann.

3. Das Mandat kann auf Aushändigung überlieferter Geldstücke in specie oder, was die Regel, auf eine in genere zu machende Zahlung gehen.[15])

4. Der Auftrag kann formlos ertheilt werden; doch sind schriftliche Mandate auch im Handel sehr häufig.[16]) Das schriftliche Mandat wird entweder dem Mandatar vom Mandanten unmittelbar zugestellt, ohne in die Hände des zu bezahlenden Dritten zu gelangen, — sog. Dispositionsschein[17]) — oder es wird dem Dritten behufs Ueberbringung an den Mandatar ausgehändigt;[18]) im letzteren Falle ist der Dritte nicht blos Ueberbringer des Mandats, sondern zur Einziehung ermächtigt. Ein Zahlungsauftrag liegt auch in dem Inkassomandat, der Anweisung,[19]) und wenngleich dies sehr bestritten, in jeder Tratte[20]) sowie in der Domizilirung.[21])

Ueber die Vollmacht vgl. oben § 445 Not. 30 u. I p. 294 (Wendt). Eine Vermittelung der Zahlung zwischen Gläubiger und Schuldner erfolgt auch Seitens des Cessionars (Thöl § 324, Endemann Not. 4); auch von der Cession ist jedoch bereits oben II § 257 von Regelsberger gehandelt.

12) Endemann § 127 bei Not. 2.

13) Endemann a. a. O. und wohl auch Pöhls § 93 Not. 3 a. E. Dieser Sprachgebrauch ist aber kein allgemeiner; so bezeichnen Heise § 19, Gengler p. 461, Morstadt p. 53 u. R. Koch im Rechtslexikon (s. v. Kreditbrief) jeden schriftlichen Zahlungsauftrag resp. jede schriftliche Zahlungsanweisung als Kreditbrief.

14) Vgl. unten § 453.

15) Thöl § 318 Not. 4 ff., Ausgew. Entscheid. p. 128, Endemann Not. 4. Auch bei den sog. Postanweisungen sind nicht eingezahlte spezielle Geldstücke zu befördern, sondern Geldsummen auszuzahlen. Dambach, Komm. z. Ges. über das Postwesen p. 42.

16) Gareis p. 483. v. Plucinski p. 292, Zeitschr. f. H.R. XVII p. 212 (Zahlungsmandat in der Factura).

17) Bender, W.R. § 388 II p. 36 Note, Gengler p. 460 Not. 1, Thöl § 318 Not. 5, Gareis p. 482. Der Ausdruck Dispositionsschein bedeutet übrigens im kaufmännischen Verkehr weit häufiger einen Verpflichtungsschein ohne causa debendi über Geld oder fungible Werthpapiere; Thöl a. a. O. Dispositionsscheine im letzteren Sinne werden nicht selten über geliehene oder deponirte Objekte, anstatt der Schuld- resp. Dispositionsscheine ausgestellt.

18) v. Plucinski p. 292 Not. 2, l. 23 C. VIII 43.

19) Endemann Not. 8. Vgl. unten § 451.

20) Thöl nach Not. 6. W.R. § 33 Not. 9 und besonders Praxis des Handelsrechts p. 52, 58. Ströll, Die Wechselrevalirungsklage und die deutsche Rechtsprechung, 1873, p. 4 („Offerte zum Abschluss eines Mandatskontrakts"). Goldschmidt bei Windscheid § 412 Not. 8a. A. M. ist R.O.H.G. VII p. 351 ff., woselbst auch ausführliche Literaturübersicht. Vgl. noch Zeitschr. f. H.R. XXVIII p. 95 Not. 58, v. Plucinski p. 319 ff. Not. 13, Zeitschr. f. vgl. R.W. IV p. 20, unten § 451 Not. 40 u. IV § 41 (Brachmann).

21) Thöl, W.R. § 162 p. 641 Z. 2.

5. Das Zahlungsmandat kann aus sehr verschiedenen Gründen ertheilt sein. Es kann der Mandatar durch die Zahlung seine Schuld an den Mandanten tilgen — Mandiren auf Schuld [22]), — oder dem Mandanten (gedeckt oder ungedeckt) kreditiren — Mandiren auf Kredit resp. auf gedeckten Kredit [23]) — oder den Mandanten beschenken oder einen Posten in der laufenden Rechnung gewinnen.[24]) Dass der Maudant dem Mandatar durch den Zahlungsauftrag auch eine Liberalität erweisen könne, ist dagegen nicht anzunehmen.[25]) Nur ein Fall des Mandirens auf Schuld ist das Mandiren auf Baarfonds;[26]) hierzu sind auch diejenigen Zahlungsmandate zu rechnen, bei welcher der Mandant dem Mandatar diejenige Summe, die er dem Dritten auszahlen soll, mit der Ertheilung des Zahlungsmandats übergibt, der Mandatar also gleichzeitig irregulärer Depositar des Mandanten ist. Solche Mandate auf irreguläre Depositenschuld sind insbesondere unsere sog. Postanweisungen [27]) und die im Bankverkehr. zumal der Reichsbank,[28]) üblichen Aufträge zur Wiederauszahlung eingezahlten Geldes; in der Regel, doch keineswegs stets, sind diese Zahlungsmandate an einem anderen, als dem Einzahlungsorte durch eine andere Niederlassung des Mandatars (der Post oder Bank) auszuführen.

Auch das Verhältniss zwischen dem Mandanten und dem Dritten kann sehr verschieden sein; der Dritte kann beschenkt, obligirt, solutorisch bezahlt werden oder einen Posten in der laufenden Rechnung gewinnen.[29])

6. Der designirte Zahlungsleister braucht die Offerte, Mandatar zu werden, nicht anzunehmen, selbst wenn er in Höhe der mandirten Summe Schuldner des Mandanten ist,[30]) es sei denn, dass er zur Annahme jener Offerte vertragsmässig oder gesetzlich verpflichtet ist, oder dass das Mandat eine wirksame Cession in sich schliesst.[31]) Die Annahme des Mandats kann, wie bei jeder

---

[22]) Thöl, H.R. § 322 Not. 3; §§ 342 u. 343.

[23]) Thöl § 345, Brinckmann u. Endemann a. a. O., Gareis p. 499, vgl. auch oben II § 234 Not. 10 ff.

[24]) Gareis p. 483.

[25]) A. M. Thöl § 322 Not. 1, 2 und wohl auch Not. 5. Vgl. aber v. Plucinski p. 293 Not. 5. Wenn der Mandant dem Mandatar „Baarfonds übermacht, damit er seine Gläubiger bezahle“ (Thöl), so wird ihm wohl durch die Uebermachung der Fonds, keineswegs aber durch das Mandat etwas wirklich geschenkt.

[26]) S. Brinckmann § 138 Not. 1, Endemann Not. 34.

[27]) Vgl. über dieselben Endemann § 160 Not. 60—66 u. Dambach, Komm. No. 21 u. 22 zu § 6 Abschn. 4 u. No. 4 zu § 26 des R.G. über das Postwesen v. 28. Oktbr. 1871, (4. Aufl.) 1881 p. 42 u. 96, Postordnung v. 18. Dezbr. 1874 §§ 17 u. 18. Vgl. oben § 369 (Schott).

[28]) Allgem. Bestimmungen über den Geschäftsverkehr der Reichsbank v. Mai 1883 Z. VII p. 29, Gareis p. 484.

[29]) Gareis a. a. O., Windscheid § 412 Not. 2, Thöl § 322 Not. 6.

[30]) L. 22 § 11 D. 17, 1: „Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere.“ Thöl § 319 Not. 10, Brinckmann Not. 2, Endemann Not. 9, Gareis p. 483, v. Plucinski p. 299.

[31]) Brinckmann § 138 Not. 2, jedoch auch Endemann Not. 10 u. 11. Eine generelle Verpflichtung, Zahlungsmandate zu honoriren, liegt nach englischem

Offerte erkennbar erfolgen, sei es ausdrücklich oder durch Erfüllungshandlung oder unter Umständen stillschweigend.[32]) Die partikularrechtlichen Formvorschriften cessiren jedenfalls, insofern das Zahlungsmandat auch nur für einen der Mandatskontrahenten Handelsgeschäft ist.[33])

7. Die Annahme des Auftrags verpflichtet den Mandatar zwar dem Mandanten, nicht aber dem Dritten gegenüber, es sei denn, dass der Mandant dem Dritten die Klage übertragen, oder dass der Mandatar sich dem Dritten unmittelbar verpflichtet hat.[34]) Der Mandant hat die Klage auf Erfüllung des übernommenen Mandats oder[35]) auf das Interesse. — Erfüllung ist die auftragsmässige Zahlung der im Mandat bezeichneten Summe an die rechte Person zur rechten Zeit und am rechten Orte.[36]) Der reellen Zahlung kann der Mandatar mit Zustimmung des Dritten jedes Zahlungssurrogat substituiren, es sei denn, dass, was nicht zu präsumiren, der Mandant diese Befugniss ausgeschlossen hat.[37]) Anstatt selbst, kann der Mandatar, soweit kein Verbot vorliegt, auch durch einen Substituten zahlen; er haftet für diesen nur bei culpa in eligendo.[38]) Die Legitimationsprüfung des Empfängers (des Dritten oder seines Rechtsnachfolgers) liegt dem Mandatar ob; ist letzterer über dieselbe zweifelhaft, so kann er sich die Rückforderung für den Fall, dass der Mandant diesen Empfänger nicht genehmige, vorbehalten.[39]) Ist die Zahlung schuldhaft an einen Unrechten[40]) oder

---

Recht, in dem Verhältniss des Bankiers zu seinen Kunden. Walker p. 54. Eine gesetzliche Verpflichtung besteht z. B. für die Reichsbank im Ein- und Auszahlungsverkehr (vgl. oben Not. 28) und für die Post bez. der Postanweisungen und des Zeitungsdebits (Annahme der Pränumeration § 3 R.Post-Ges); vgl. oben p. 568, 570 ff., 590 (Schott).

[32]) Z. B. durch Nichtbeanstandung der das Zahlungsmandat enthaltenen Factura (Zeitschr. f. H.R. XVII p. 212), bei bestehender Geschäftsverbindung oder Erbieten nach H.G.B. Art. 323 (Endemann Not. 12 und oben § 247 Not. 17 ff.). Ladenburg in Buschs Arch. XXX p. 1: Annahme der Deckung durch den Mandatar. Vgl. auch Schweiz. Obl.R. 393, C. c. 1984 u. 1985, Oesterr. B.G.B. 1003, Sächs. B.G.B. 1298, Preuss. L.R. I 13, § 13 ff. (Dernburg § 180 Not. 13—16).

[33]) Dernburg a. a. O. nach Not. 11.

[34]) Endemann Not. 39—41, Thöl § 322 Not. 7. Ausgew. Entscheid. p. 123 ff.; Walker p. 52. Vgl. auch Ansald. d. 2 Nr. 38.

[35]) Endemann Not. 16. Nur auf das Interesse geht die Klage nach v. Plucinski p. 300 Not. 16 und anscheinend auch nach Thöl § 319 Not. 16; vgl. aber auch ebendas. Not. 1 u. l. 12 § 10 D. 17, 1. Vgl. auch Zeitschr. f. H.R. XVII p. 212.

[36]) Endemann Not. 17 ff., Thöl § 319 Not. 2 ff. Ueber verfrühte Zahlung vgl. Ansaldus d. 79 Nr. 15 ff. — Vgl. auch Langermann praes. Lauterbach Thes. Nr. 180 und die dort Citirten.

[37]) Der Mandant kann unter Umständen ein Interesse daran haben, dass der Dritte nicht das odium einer Ablehnung des statt baaren Geldes etwa offerirten Accepts oder Checks auf sich zu nehmen brauche. Vgl. auch Endemann Not. 20, 24 u. 31.

[38]) Zeitschr. f. H.R. VIII p. 152, Endemann nach Not. 17. Sächs. B.G.B. § 1307 ff., Pardessus 558, C. c. 1994, Schweiz. Obl.R. 396, Oesterr. 1010, Dernburg Not. 2 ff.

[39]) Thöl Not. 9, v. Plucinski p. 300 Not. 13.

[40]) Vgl. Scaccia § 2 gl. 5 Nr. 341 ff., aber auch Ansaldus d. 24 Nr. 8 ff. Auch ein gesetzlich oder durch Privatdisposition generell zur Zahlungsempfangnahme Bevoll-

sonst irgendwie auftragswidrig erfolgt, so trifft den Mandatar der etwaige Verlust, der Mandant haftet nicht, ausgenommen, dass derselbe bereichert ist oder die auftragswidrige Zahlung später genehmigt; eine Genehmigung ist auch darin zu finden, dass der Mandant, trotz erfolgter Benachrichtigung, zu welcher der Mandatar sofort nach der Zahlung überhaupt verpflichtet ist,[41]) nicht widerspricht. Der Mandatar muss für Rechnung und im Namen des Mandanten zahlen; zahlt er in seinem eigenen Namen, so gilt die Zahlung nicht als eine von dem Mandanten dem Dritten gemachte;[42]) wenn der Mandatar zwar nicht im eigenen Namen zahlt, den Namen des Mandanten aber nicht angeben will oder kann,[43]) so ist die Zahlung gleichwohl als von dem wirklichen Mandanten dem Dritten geleistet zu erachten. — Um wirksam zu sein, muss die Zahlung seitens Dritter unanfechtbar sein.[44])

8. Hat der Mandatar auftragsmässig gezahlt, so hat er Anspruch auf Schadloshaltung **(Deckung,**[44a]) **Revalirung,**[44b]) auch wol **Provision).**[44c]) Umfang und Zeit

---

mächtigter kann mit Rücksicht auf ein spezielles Zahlungsmandat der unrechte Empfänger sein. Vgl. Zeitschr. f. H.R. XVII p. 212.

[41]) Thöl Not. 5—8 u. 13, Pardessus 558, Plucinski p. 300, Endemann Not. 21 u. 22. Letzterem zufolge hat der Mandatar an der Benachrichtigung mehr selbst ein Interesse, als dass dies eine Verbindlichkeit wäre; es gibt aber doch zahlreiche Fälle, in denen dem Mandanten die Notifikation wichtig sein kann, so falls der designirte Zahlungsempfänger sein Gläubiger wäre, und er demselben gegenüber bei Nichthonorirung des Mandats in mora solvendi käme.

[42]) Thöl Not. 10, Endemann Not. 19, v. Plucinski a. a. O. Ist die Zahlung für den Mandanten Handelsgeschäft, so kommen die Grundsätze vom Kommissionsgeschäft zur Anwendung.

[43]) Man denke an Postanweisungen, deren Absender sich nicht angegeben.

[44]) Thöl Not. 11 u. 12, v. Plucinski a. a. O.

[44a]) Deckung im weitesten Sinne bedeutet jede Schadensabwendung; so deckt sich der Verkäufer à découvert gegen den Schaden aus seiner Spekulation z. B. durch ein Prämiengeschäft; vgl. Thöl, Verkehr mit Staatspapieren p. 29; vgl. auch v. Hahn, Komm. zu Art. 354 ff. Zus. II p. 405 Not. 4 (Deckungskauf), sowie auch ob. II p. 733 (Gareis). Im engeren Sinne bedeutet Deckung die Abwendung des Schadens aus irgend einem Kreditgeschäfte, und zwar a) sowohl die Abwendung des dem Gläubiger möglicherweise drohenden Schadens (durch Intercession, Pfandrecht, Retentionsrecht etc.), also Sicherstellung; vgl. ob. § 334 Not. 11 ff. u. § 440 Not. 10, 35a, 44, Goldschmidt p. 872, 997 ff., R.O.H.G. XIII p. 280, Dernburg II p. 487, Beseler p. 932, Endemann p. 688, 692, Gareis p. 497, b) als auch die Abwendung des dem Gläubiger durch die Kreditirung erwachsenen Schadens (durch Zahlung, Kompensation etc.), also Schadloshaltung, Entschädigung, Gegenleistung, Ersatz. Vgl. Thöl § 342, W.R. §§ 29, 71, Gerber, Priv.R. § 208, Gareis p. 498 u. im Rechtslex. I p. 500. Zuweilen steht Deckung geradezu für Zahlung, Tilgung oder Zahlungsbereitschaft, so auch oft im H.G.B. (vgl. A. 106, 141, 161, 255, 258, 364, 469); vgl. Gareis im Rechtslex. a. a. O., auch Knies, Kredit. II p. 274, Goldschmidt in s. Z. XXVII p. 41, Gad p. 105, 128, 134 ff. — Ueber Notendeckung (d. h. Sicherstellung der Banknoteninhaber) vgl. oben R. Koch II p. 136 ff. Not. 33 u. 48. Viel zu eng ist die Definition des Begriffs Deckung bei Ladenburg in Buschs Arch. XXX p. 1: Derjenige Werth, den ein Trassat zum Zweck der Zahlung in Händen hat.

[44b]) Gegen den Ausdruck, „der weder deutsch ist, noch auch in Frankreich, woher er zu stammen scheint, vorkommt", vgl. N. Arch. f. H.R. III p. 439; er findet sich übrigens

der Schadloshaltung bestimmt sich nach der Abrede zwischen Mandant und Mandatar, dem Deckungsvertrage. Im Zweifel hat der Mandant die auftragsmässig gezahlte[45]) Summe nebst Zinsen, Auslagen und Kosten, und sofern der Mandatar Kaufmann ist und in Ausübung des Handelsgewerbes die Zahlung geleistet hat, nach Art. 290 H.G.B. auch nebst üblicher Provision und zwar sofort und baar zu erstatten. Statt Baarzahlung zu leisten, kann der Mandant, soweit Kompensation nicht gesetzlich oder vertragsmässig ausgeschlossen, kompensiren, insbesondere falls er auf Schuld resp. auf Baarfonds oder irreguläres Deposit mandirt hatte; auch steht ihm gegen die Revalirungsklage (a. mand. contraria) natürlich der Einwand frei, dass der Mandatar durch die Ausführung des Mandats ihn zu beschenken oder ihm zu kreditiren übernommen, oder dass in Folge eines bestehenden Kontokorrentvertrags der Mandatar zur Zeit nur einen Aktivposten in der laufenden Rechnung gewonnen habe. — Ob der Mandatar noch **vor** der Zahlung Anspruch auf Deckung hat, ist quaestio facti; im Zweifel dürfte, da an sich Niemand zu kreditiren verpflichtet ist und in der Mandatsannahme an sich eine Kreditzusage nicht liegt, der Mandatar wohl befugt sein, die Ausführung des an sich angenommenen Mandats von vorgängiger Deckung abhängig zu machen.[46]) Dieselbe Befugniss dürfte ihm trotz Kreditzusage bei wesentlicher Veränderung der Umstände des Mandanten nicht zu versagen sein.[47]) Die Beweislast hinsichtlich der Befreiung von der Deckungspflicht trifft den Mandanten.[48])

---

schon bei Raumburger p. 278 (dagegen p. 771: satisfaction) u. Martens § 112. Vgl. auch O. Wächter, Encyklop. des W.R. p. 198 Not. 1 „rivalersi = sich an Jemanden erholen", Gengler, Priv.R. p. 460 ff., Lewis im Rechtslex. III p. 467, Endemann p. 629 (Revalirung oder Werthausgleichung), Gareis p. 498, unten IV p. 156 (Brachmann).

[44c]) Vgl. unten IV p. 111 Not. 5, Bender § 327, Thöl § 342, Busch Arch. XXVII p. 367 ff., Franz. C. d. c. Art. 115 ff. — In ganz anderer Bedeutung Provision p. 1091 Z. 5 (H.G.B. 290); vgl. oben II p. 497 (Regelsberger). —

[45]) Vgl. oben Not. 36.

[46]) Vgl. überhaupt Thöl § 320, Endemann Not. 31—34, Gareis p. 483, Gengler p. 460 ff., v. Plucinski p. 300 ff. bis 302, Windscheid § 410 Not. 13 u. § 412 Not. 15, Brinz § 334 Not. 22 ff., 41 ff., Pardessus 558. — C. c. 1999 ff., Oesterr. 1014, Sächs. 1314, Preuss. I 13 § 65 ff., 70, 82, Dernburg § 182 Not. 3 ff., 8, 13 u. 14, Schweiz. Obl.R. 400.

[47]) Vgl. oben §§ 426 u. 434; vgl. auch Dernburg § 179 Not. 8 u. § 182 Not. 3, Siebenhaar p. 669 Not. 1.

[48]) Vgl. über die Streitfrage bezüglich der Tratte die oben Not. 20 Citirten. Windscheid § 412 Not. 8a a. E.

„Eine besondere Art von Zahlungsgeschäft ist" nach Gareis p. 497 ff., „das Deckungsgeschäft"; Deckungsgeschäfte sind ihm im allgemeinen alle diejenigen Rechtsgeschäfte, welche die Sicherheitsbestellung für den Ersatz des Aufwandes für Andere oder diesen Ersatz selbst bezwecken; im engsten Sinne seien es diejenigen Zahlungsgeschäfte, die, falls kein bereits vorhandenes Rechtsverhältniss zur Deckung zu verwenden ist, nur zu diesem Zwecke geschlossen werden. — Eine juristische Besonderheit dieser Kategorie von Geschäften ist aber nicht anzuerkennen; nur der ökonomische Zweck unterscheidet sie von sonstigen Zahlungen. Vgl. Endemann § 146 Not. 20. Letzterer stellt das Deckungsgeschäft übrigens zu den Kreditgeschäften und definirt es als „die zur Sicherung des Kreditgebers erfolgende

9. Das Zahlungsmandat endigt, ausser durch Zahlung oder Zahlungssurrogat oder durch Unmöglichkeit der Erfüllung,

a. durch den einseitigen **Widerruf** des Mandanten (Contreordre, contremandiren). Widerruf ist jedoch nur so lange statthaft, als der Mandatar weder baar gezahlt, noch, statt der baaren Zahlung, soweit der Mandant dies nicht etwa ausdrücklich ausgeschlossen, ein Zahlungssurrogat, insbesondere ein Zahlungsversprechen mit Zustimmung des Dritten geleistet hat.[49]) Der Widerruf kann formlos erfolgen; auch im Widerruf des entsprechenden Inkassomandats liegt ein Widerruf des Zahlungsmandats.[50])

Bei Unkenntniss des Widerrufs des Mandats dauert die Zahlungsbefugniss des Mandatars fort, sofern diese Unkenntniss nur nicht eine verschuldete ist.[51]) Widerruf des Widerrufs ist ein neues Mandat.[52]) Nachträgliche Genehmigung des trotz bekannt gewordenen Widerrufs Gezahlten wirkt wie mandatsmässige Zahlung.[53])

b. durch die einseitige **Aufkündigung** des Mandatars, die, aus gerechtfertigter Ursache jederzeit, sonst nur rechtzeitig, nämlich unter der Voraussetzung statthaft ist, dass der Mandant nicht im mindesten geschädigt wird, und ihm insbesondere die Möglichkeit bleibt, die Zahlung selbst oder durch einen Dritten bewirken zu können.[54]) Dem Aufkündigungsrecht kann ausdrücklich oder stillschweigend

---

Uebertragung von Werthen, welche lediglich auf Ausgleichung in der Weise gestellt ist, dass sie als Aktivum des Kreditnehmers den Passiven desselben gegenüber zur Geltung kommen sollen."

[49]) Straccha, tit. mandati Nr. 3 a. E. (und dazu Scaccia § 2 gl. 5 Nr. 301), sowie de decoctor. V Nr. 5. Ansaldus d. 2 Nr. 14 ff. (aber auch a. a. O. Nr. 9 u. 16), d. 1 Nr. 26 u. d. 17 Nr. 26. Casaregis d. 33 Nr. 22 ff., d. 48 Nr. 25, d. 177 Nr. 23 ff., Marquard II c. 11 Nr. 54, II c. 15 Nr. 20 (in curia mercatorum), Endemann Not. 20, 24 u. 25. Thöl § 321 hält das Widerrufsrecht durch das Versprechen des Mandatars nur dann für ausgeschlossen, wenn das Zahlungsmandat dem Willen nach als ein Mandat zu versprechen aufzufassen ist; es scheint aber in jedem vorbehaltlosen Zahlungsmandat, wenngleich nicht das Mandat, so doch die Ermächtigung zu versprechen zu liegen. Windscheid § 411 Not. 4. Ueberhaupt vgl. noch Gareis p. 483, v. Plucinski p. 303, Gengler p. 460, Günther p. 328 ff., Pardessus 196 u. 559, Dernburg § 183, Cropp, Abhdlg. II p. 355, Unger, Inh.Pap. p. 73 u. p. 83 Not. 23. Walker p. 54: „But where the customer has ordered payment to a third person, and the banker has promised the third person to pay him, the customer is not at liberty to withdraw his order or authority." — Vgl. auch unten § 451 Not. 47 ff.

[50]) Das bestreitet, gegen Thöl Not. 7 u. Endemann Not. 26, v. Plucinski p. 303 u. 304. Letzterem zufolge „lässt es sich nicht denken, dass zwei Mandatare einander gegenüber stehen, die beide anstatt des Mandanten und zu dessen Vortheil handeln." Man denke aber doch nur an den Fall, dass ein Kaufmann seinen Darlehnsschuldner beauftragt hat, seinem Handlungsreisenden die Schuldsumme zu zahlen, und Letzterem den Auftrag zur Einziehung ertheilt; wenn er demnächst das Inkassomandat dem Reisenden wieder entzieht, so kann jener Schuldner, der von der Entziehung Kenntniss erhält und gleichwohl zahlt, nicht auf Revalirung Anspruch haben.

[51]) v. Plucinski p. 304, Endemann Not. 27, Thöl Not. 8—10.

[52]) So Endemann a. a. O.

[53]) A. a. O. Thöl Not. 10.

[54]) v. Plucinski p. 305, Thöl Not. 12—14, Windscheid § 411 bei Not. 3,

entsagt sein. Jede Aufkündigung ist, sofern es dem Mandatar nicht ganz unmöglich, sofort zur Kenntniss des Mandanten zu bringen.[55])

c. durch den Tod des Mandatars unter den gleichen Modifikationen, die bezüglich seines Aufkündigungsrechtes bestehen.[56]) Die Erben sind jedenfalls zur Benachrichtigung vom Todesfalle verpflichtet.

d. durch den dem Mandatar kundgewordenen Tod des Mandanten, insofern nicht das Mandat auf die Zeit nach dem Tode ertheilt, oder insofern nicht bereits der Widerruf ausgeschlossen, oder endlich insofern nicht das Mandat von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen und eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder den Umständen nicht hervorgeht. (H.G.B. Art. 297.)[57])

e. nur partikularrechtlich durch Konkurs des Mandanten oder Mandatars.[58])

Bei der Mannigfaltigkeit der unterliegenden Verhältnisse ist es quaestio facti, ob der Dritte einen Anspruch gegen den Mandanten hat; unter Umständen kann er zur Zurückforderung des für die Ertheilung des Zahlungsmandats Geleisteten, der sog. Valuta, vertragsmässig berechtigt sein; aus dem Mandate an sich erhält er aber keinerlei Anspruch gegen den Mandanten.[59])

§ 451.

2. Die Zahlungsanweisung.[1])

1. Das Wort Anweisung bedeutete ursprünglich den Auftrag zum **Sichverpflichten** resp. die zufolge Auftrags erfolgende Uebernahme einer Verpflichtung,

---

Brinz § 334 Not. 51, Pardessus 558. Die Anwendbarkeit des einseitigen Kündigungsrechts bezweifelt Endemann Not. 30, Gareis p. 483 scheint das Aufkündigungsrecht wegen echter Noth nicht anzuerkennen. Das Schweiz. Obl.R. 402 gewährt bei dem Mandat jedem Theil das Kündigungsrecht; doch verpflichtet jede Kündigung zur Unzeit zum Schadensersatz.

[55]) Thöl a. a. O., v. Plucinski a. a. O.

[56]) Brinz Not. 53, Windscheid Not. 5 u. 6. Vgl. auch Dernburg § 183 Not. 19 (Preuss. L.R. I, 13 § 187 ff.).

[57]) Thöl Not. 3 u. 4, v. Plucinski p. 304 u. 306, Windscheid Not. 5 u. 7; Brinz Not. 55—57, Dernburg § 183 Not. 16. — A. M. noch Casaregis d. 33 No. 11, 23 ff., aber auch No. 35. — Nach Endemann bei Not. 28 wäre überhaupt „Tod des Mandanten kein Grund mehr zu der Aufhebung des Mandates."

[58]) Preuss. L.R. I 13 § 196 ff., Dernburg § 119 nach Not. 5: „Dies muss auch für handelsrechtliche Verhältnisse gelten." Vgl. auch ebendas. § 183 Not. 23 u. 24; Schweiz. Obl.R. 403; C. c. 2003. Vgl. v. Wilmowski, Konk.O. p. 134.

[59]) Thöl § 322 Not. 7.

[1]) Literatur: Marquard, II c. 15 Nr. 8 ff. Bellmann, praes. Philipp, De delegatione vulgo von der Anweisung, Lips. 1680. Schöpff praes. Harpprecht, De assign. nominis, 1703, auch in dessen diss. acad. II Nr. 56, Tübg. 1727, v. Engelbrechten praes. Cocceji, Henr., comment. jurid. de assignat. vulgo von Anweisungen, 1703, Jena 1744, auch in dessen Exercit. II Nr. 33, Lemgo 1722. Stryk, De jure assignationis inter mercatores. Hal. 1708, auch usus modernus ad lib. XVIII tit. 4 §§ 14—64. Stenger, Diss. de assign. mercat., von Anweisungen unter Kaufleuten ad mentem potiss. mand. Reg. Pol. et Elect. Sax. d. a. 1699. Lips. 1712, auch deutsch in

m. a. W. soviel wie **Delegation.**[2]) In ganz gleichem Sinne wurde auch das Wort **Ueberweisung**[3]) und von den Kaufleuten das der römischen Rechtssprache ganz fremde Wort **Assignation**[4]) gebraucht; die Franzosen sprachen von Assig-

---

erweiterter Form anonym unter dem Titel: Jurist. kaufmännische Untersuchung von Assignationen oder Anweisungen unter Kauf- und Handelsleuten etc. Leipzig 1724. Raumburger, justitia selecta, 1723, p. 630—647. Riccius, exercit. jur. camb. VIII sect. 3. Ritter, Assign. et camb. trassat. idea prim. Lips. 1738. Sicherer, Comm. jurid. de assignat. Gies. 1782, Richelmann, Specimen sistens summa capita doctrinae de assign. Gryph. 1805, C. F. Günther, Pr. de assign. spec. I u. II. Lips. 1829 u. in Weiske's Rechtslex. 1839 I s. v. Anweisung p. 327—339. Martens §§ 16, 48—52, 71 n. c., Heise § 16 Z. 5, §§ 71, 117, Pöhls H.R. §§ 128 u. 130 Not. 6 ff. u. W.R. I §§ 211—216, Bender, H.R. §§ 159, W.R. II § 386–388, Brinckmann § 139, Endemann §§ 129—133, Thöl §§ 325—331 u. W.R. § 158, Gareis p. 486—488. Windscheid § 112, Brinz § 334 Not. 62, v. Holzschuher III § 277 p. 667—676, v. Salpius, Novation u. Delegation, besonders p. 6—14 u. p. 467—491, v. Plucinski in der § 450 Not. 1 genannten Schrift, Mittermaier § 561, Gengler, Lehrb. des Pr. R. § 103. Gelpcke in seiner Zeitschr. f. H.R. II p. 77—90, 1852, Ladenburg, Die Anweisung und der gezogene Wechsel 1858, Mannheim (und dazu Goldschmidt in s. Zeitschr. I p. 610 ff.), Ladenburg, Die Vollmacht als Verkehrsmittel in Zeitschr. f. H.R. XI p. 72—100, Ladenburg, Das Mandat aliena gratia in Siebenhaars Arch. XVI p. 1—28, Ladenburg, Die Anweisung, in Buschs Arch. X p. 35 ff., Creizenach, Anweisung u. Kreditbrief in Zeitschr. f. franz. Civilrecht VII p. 317—329, Cropp in Heise u. Cropp, Jurist. Abhdlg. II No. 13 p. 343 ff., Treitschke, Encykl. I p. 128—134, II p. 767—775, Wächter, Encykl. p. 83—94, Einert, W.R. p. 487 ff. — Dernburg §§ 52—55, Förster-Eccius § 95, Gruchot in seinen Beiträgen XVIII 1874 p. 475—550, C. F. Koch, Die Lehre von dem Uebergang der Forderungsrechte 1837 p. 226—284, Plathner, Zur Lehre von der Assignation in der Ger.Zeit. N. F. II p. 1—32, Gelpcke in seiner Zeitschr. f. H.R. Hft. 2 p. 76—90. — Kohler, Ueber die Anweisung, in den Bad. Annalen Bd. 43 p. 348 ff., 353 ff. — Schmidt, Vorles. I p. 239 u. 453 ff., Stubenrauch, Handb. d. österr. H.R. p. 393 ff., Pardessus 457, 464—467. — Kist II p. 307–348, Levy, De rechtsverhouding tusschen trekker en acceptant 1874, 'sGravenhage § 2 handelsrechteljke aanwijzing p. 5—10. — Munzinger, Motive z. d. Entw. eines Schweiz. H.R. p. 393 ff., Württemb. Entw., Motive zu A. 661 u. 758 ff. p. 567 u. 646—656, Gensel, Zur Frage einer gemeinsamen Gesetzgebung über die kaufmännischen Anweisungen, Koch, Bedürfniss und Inhalt eines Checkgesetzes p. 16 u. 17 u. Verhandl. des Juristentags 1884 I p. 23 ff., Funk, Rechtliche Natur des Cheque p. 14 ff. — Scherer, Hdbch. des W.R. (1800) I p. 247—297, A. J. Rethaan Macaré, De leer der assignatien, Utrecht 1866. — (Ritter, Richelmann, Sicherer u. Macaré waren mir nicht zugänglich). — Zur Geschichte der Anweisung vgl. Gengler § 103 Not. 7, Stobbe in Zeitschr. f. H.R. VIII p. 28 ff. u. XI p. 427, Neumann ebendas. VII Beilagehft. p. 103 ff., Brunner ebendas. XXIII p. 228 Not. 2, Endemann, Stud. I p. 97 ff., II p. 234 ff., Biener p. 28 ff., 188, 441 ff., Jäger, Supplement p. 71 ff., Lattes p. 205 ff. u. unten § 454 Not. 5 ff. — Vgl. auch Bluntschli-Dahn, Deutsch. Priv.R. § 169.

[2]) Bellmann 1680, De delegat. vulgo von der Anweisung, sectio 1 these 6. Cocceji § 12: „Quamquam enim jure Romano introducta delegatio communiter a. D. D. Germanice: „eine Anweisung" vocari soleat." v. Salpius p. 9 u. 468.

[3]) Bellmann a. a. O. „Germani dicunt: Anweisung, Ueberweisung", v. Salpius p. 12 Not. 5 u. p. 467.

[4]) Marquard II c. 15 Nr. 17: „de delegatione per assignationem, transportationem seu inductionem, ut mercatores loquuntur, facta", Bellmann a. a. O. „Mercatores

nation oder Remise,[5]) die Holländer von bewijsing oder overwijsing.[6]) Eine Erweiterung des Begriffs fand durch die kaufmännische Praxis statt, indem sie auch den Auftrag **zu zahlen** als Delegation oder Anweisung auffasste.[7]) Mit dem 17. Jahrhundert tritt sodann eine Aenderung ein: Delegation und Anweisung hören auf, promiscue gebraucht zu werden; der Name Delegation wird auf den Auftrag zum Sichverpflichten, der Name Anweisung oder Assignation auf den Auftrag zur Zahlung beschränkt.[8]) Gleichbedeutend mit Delegation resp. delegiren wurden von den Kaufleuten auch wohl die Worte **Transport** resp. **transportiren und induciren** gebraucht,[9]) während bei den Holländern overstelling oder oversetting der technische Ausdruck für die eigentliche Delegation,[10]) anwijsing oder assignatie der Ausdruck für die eigentliche Anweisung wurde.[11]) In neuester Zeit beginnt man wieder das Wort Anweisung (aber in einem weiteren Sinne) als die gemeinsame Gattungsbezeichnung für beide Aufträge anzuwenden, und man unterscheidet nunmehr als die beiden Species jener Anweisung im weiteren Sinne

a. die **Delegation** oder **Kredit-** oder **Promissionsanweisung**[12]) — Auftrag zum Sichverpflichten — mandatum promittendi,

b. die **Zahlungsanweisung** oder Anweisung im engeren Sinne, mandatum

---

vulgo Assignationem appellant (quod vocabulum tn. rei hujus naturam non exhaurit), Gallos forte, ut alias plerumque, imitantes: quibus Assignation, item Remise est delegatio." Dagegen v. Salpius p. 14: „Assignatio ist der italienischen Handelssprache entnommen" und p. 470. Ueber assignare vgl. Stryk § 14 ff.

[5]) Vgl. Not. 4. In der Gegenwart ist der Ausdruck „mandat de change" üblich. Mittermaier Not. 1. Nach Biener p. 188 u. 444 mandat oder rescription; in England draft, draught oder check. — Vgl. auch Nouguier p. 536. — Aargau W.O. v. 1857 § 52.

[6]) v. Salpius p. 12 Not. 5.

[7]) v. Salpius p. 9. Dass die Delegation indess auch schon nach röm. Recht (c. 7 C. VIII, 41) eine Ueberweisung zum Zahlen sein konnte, vgl. oben II § 257 Not. 35 (Regelsberger), Windscheid § 353 Not. 9.

[8]) v. Salpius p. 13, 14 u. 468 ff. Nach Riccius § 12 besteht dagegen der Unterschied darin, dass assignatio (Anweisung) priorem obligationem non extingat, delegatio (Ueberweisung) pero omnino; ders. Exerc. VIII s. 1 § 17, Stryk §§ 22, 23; vgl. aber unten Not. 54 u. 78.

[9]) Cocceji § 12. Marquard II c. 15 Nr. 8 u. 17.

[10]) Ebendas. u. v. Salpius p. 12 Not. 5. Uebrigens ist der Name Delegatie in Holland nicht verschwunden; nur hat er anscheinend die Bedeutung eines wegen Fehlens der Valutaklausel unvollständigen Wechsels angenommen; vgl. Kist p. 309: „Tot de assignation moeten ok gerekend werden de zoogenaomde delegatien. Papieren in dezen vorm; „Messieurs. Par la présente nous vous prions de vouloir bien tenir à la disposition de M . . . ou de son délegué la somme de . . . payable au . . . dont il vous plaira débiter notre compte. Agréez etc." Zoodanig papier bevat geene waardeerkenning en kan dus niet als wissel gelden." Nach Levy p. 6 bezeichnet assignatie im technischen Sinne die schriftliche Anweisung.

[11]) v. Salpius p. 12 Not. 5, p. 14 u. p. 471, Cocceji a. a. O., Grotius, Introd. ad. Jurispr. Batav. pars 44.

[12]) v. Salpius p. 470, v. Plucinski a. a. O. — Das Wort Kreditanweisung wird auch für die nicht auf Schuld gezogene Zahlungsanweisung gebraucht; vgl. z. B. Eccius vor Not. 3.

solvendi. Nur[13]) von der Zahlungsanweisung ist hier zu handeln, und zwar nur von der Geldzahlungsanweisung.[14])

2. Die Zahlungsanweisung setzt der Regel nach[15]) drei Personen voraus: den Assignanten oder Anweisenden (Anweiser), der die Zahlung veranlasst; den Assignaten, der die Zahlung leisten soll, und den Assignatar, dem anweisungsmässig gezahlt werden soll.[16]) Die deutsche Terminologie bezüglich der beiden Letztgenannten ist schwankend; der Assignat wird bald als der Angewiesene, seltener als der Ueberwiesene oder der Anweisungszähler, der Assignatar bald als der Angewiesene, bald als der Nehmer oder Anweisungsempfänger bezeichnet.[17])

3. Der Begriff der Anweisung war und ist umstritten. Als überwunden dürfen die mannigfachen älteren Theorien gelten, die das ganze Rechtsinstitut vom Standpunkt der praktisch allerdings häufigsten Fälle, dass der Assignat der Schuldner und (resp. oder) dass der Assignatar der Gläubiger des Assignaten sei,[18])

---

[13]) Die allgemeine Lehre von der Delegation gehört dem Civilrecht an. Die praktische Anwendbarkeit wird dem Institut zwar abgesprochen, oben II § 257 Not. 20 und 35 (Regelsberger); über die handelsrechtlich wichtigsten Anwendungsfälle derselben, Skontration einerseits, das moderne Anweisungsaccept andererseits, vgl. aber § 449 u. unten bei Not. 54. Vgl. überhaupt v. Salpius p. 1—130, Thöl §§ 333—337, Endemann § 134, Brinckmann § 140, Massé IV Nr. 2218, 2219, 2222, Sampajo II p. 293—299, Kayser nach Bekker in v. Holtzendorffs Rechtslex. I p. 505 ff.

[14]) Ueber den Gegenstand der Anweisung vgl. v. Salpius p. 473 u. 476, Eccius Not. 12; über die Waarenanweisung vgl. oben II p. 42 (Endemann); Thöl § 332, Zeitschr. f. H.R. XI p. 77, Kohler a. a. O. p. 349, Bad. L.R. 2010 d—f., Ladenburg p. 45 ff.

[15]) Cocceji § 19 a. E. hebt die Nothwendigkeit dreier Personen sogar als Unterscheidungsmerkmal vom Wechsel, der nur deren zwei bedürfe, hervor. Riccius § 5, Stryk § 28. Vgl. auch unten N. 40.

[16]) Gegen die nicht quellenmässigen Bezeichnungen Assignant, Assignat und Assignatar v. Salpius p. 470—472; er empfiehlt statt derselben auch für die Zahlungsanweisung die römischen Ausdrücke Delegant, Delegat und Delegatar. Jene Ausdrücke finden sich aber in Wissenschaft, Rechtssprechung und Gesetzgebung (D. H.G.B. Art. 300, neuestens auch im Schweiz. Obl.R. 406 u. 407), diese können zu Missverständnissen Anlass geben. Vgl. v. Plucinski p. 355, Eccius Not. 6. Die römischen Quellen verwenden auch die Ausdrücke mandatum und jussus. Den Ausdruck Assignat rühmt sich Stenger zuerst angewendet zu haben; vgl. c. 3: „tertius .... Debitor assignatus appellatur, ego brevius Assignatum voco.“ Vgl. aber schon Cocceji § 36.

[17]) Aeltere Bezeichnungen waren für den Assignaten „der assignirte Debitor“, für den Assignatar: „der assignirte Kreditor“ oder „der Inhaber der Assignation“; der Assignant wurde „der Ausgeber der Assignation“ genannt. Vgl. Stenger c. 3. Der Assignat heisst der Ueberwiesene im Preuss. L.R., der Anweisungszähler im Bad. L.R. 2010a, der Angewiesene z. B. im Sächs. B.G.B. und im Schweiz. Obl.R., auch bei Windscheid § 412 Not. 13, Ladenburg p. 5, Stuttg. Ob.Trib. 1872 (Gruchot p. 482); dagegen heisst der Assignatar im Preuss. L.R. der Angewiesene und nur an einer Stelle (II 8 § 1266) der Empfänger, im Bad. L.R. 2010 und Schweiz. Obl.R. der Anweisungsempfänger; Ladenburg p. 7 nennt ihn den Nehmer. Ueber den Sprachgebrauch vgl. noch Ladenburg p. 7, 31 ff., 44, 76 u. 78, auch Riccius § 2.

[18]) So noch Thibaut u. Glück (vgl. Thöl § 325 Not. 8). Freier schon Martens § 48 Note. Auch das Preuss. A. L.R. § 251 legt den Fall, dass der Assignat der

zu konstruiren versuchten. Der Assignat kann durch die Zahlung dem Assignanten, der Assignant durch Hingabe der Anweisung dem Assignatar auch Kredit gewähren, resp. schenken.[19]) An die Stelle jener Theorien trat das Dogma, dass die Anweisung eine Kombination von Zahlungs- und Einkassirungsmandat sei,[20]) ein Dogma, das trotz der energischen Angriffe von **Ladenburg, v. Salpius** und **v. Plucinski** noch heut hervorragende Juristen zu seinen Anhängern hat.[21]) Es sind 2 Arten der Anweisung zu unterscheiden: [22])

a. Das **Doppelmandat**, bei welchem der Assignatar sich zur Einziehung **verpflichtet** hat. Diese Verpflichtung kann der Assignatar übernehmen

α. entweder blos im Interesse des Anweisenden; der Assignatar soll einkassiren und abführen; so wenn Jemand einen Anwalt beauftragt, einen Schuldner zu verklagen, ihm aber gleichzeitig eine schriftliche Anweisung auf den Schuldner sendet, mit dem Auftrag, diese dem Schuldner vorzuzeigen und den Versuch zu machen, ob derselbe ohne vorgängige Klage zahlt.[23]) Diese Kategorie wollen einzelne Schriftsteller nicht mehr der Anweisung, sondern dem Inkassomandat zurechnen; [24])

β. oder im beiderseitigen Interesse; der Assignatar soll zwar einkassiren, aber nicht abführen, sondern behalten; so wenn er die Anweisung etwa behufs

---

Schuldner des Anweisenden, gleichsam als den normalen, seinen Normen über die Anweisung zu Grunde; Dernburg § 52 Not. 10; Gelpcke in s. Zeitschr. f. H.R. II p. 81 ff.; das Oesterr. B.G.B. § 1400 präsumirt für das Schuldverhältniss zwischen Assignant und Assignatar. Vgl. Günther p. 333, Ladenburg p. 39, Cropp Not. 16 u. 17.

[19]) Endemann § 129 Not. 6, Thöl Not. 9, Cropp p. 352.

[20]) Für das Doppelmandat schon Cocceji § 9, freilich noch ohne Befreiung von dem unterliegenden Schuldverhältnisse: „assignatio nihil aliud est quam tale mandatum, ubi mando tum debitori, ut solvat meo creditori, tum creditori meo, ut exigat pecuniam a meo debitore“, auch Raumburger p. 632, Riccius § 4, Martens § 48, Cropp p. 356 ff., Thöl § 325 (vgl. aber auch Not. 3 u. § 323 bei Not. 3). — Pöhls § 211, vgl. aber auch § 213 (zu beiden Ladenburg p. 8 u. 13); Günther p. 327, Holzschuher p. 667 Note; Brinckmann Not. 5, Endemann § 129 Not. 1, Wächter, Encykl. p. 83, Munzinger p. 396, Stubenrauch p. 393, Gareis p. 486; ferner Puchta, Arndts, Sintenis, Keller, Seuffert, Wening-Ingenheim u. Kübel (Gruchot p. 479, 482), Unger p. 83, Schwz. Obl.R. 406, R.O.H.G. XXII p. 142. Gegen das Doppelmandat, ausser den im Text genannten, auch Dernburg § 52, Funk, Rechtliche Natur des Cheque p. 14. Vgl. übrigens auch schon Liebe, Braunschw. W.O. Entw. Motive zu § 90, Mittermaier bei Not. 3: „Oft liegt ein doppelter Auftrag vor“.

[21]) Eccius Not. 11.

[22]) Ueber die ältere Eintheilung in assignatio plena und minus plena vgl. Stenger c. 15, Riccius § 7, Scherer, Hdb. des W.R. 1800 I p. 283, Ladenburg p. 18. Zwei Arten der Anweisung trennt auch das Bad. L.R. 2010 b, g—i resp. k u. l (an Zahlungsstatt und an Einzugsstatt, vgl. Ladenburg p. 44 ff.) und jetzt auch das Schweiz. Obl.R. 412; in Letzterem ist das Kriterium, ob die Anweisung zum Vortheile des Assignatars ertheilt ist oder nicht; vgl. Hafner Not. 4 zu Art. 406. Vgl. auch Raumburger p. 631, 639 u. 644; Cropp Not. 1.

[23]) Ladenburg in Zeitschr. f. H.R. XI p. 80.

[24]) Vgl. besonders v. Plucinski p. 291 ff., ihm tritt auch Funk a. a. O. bei.

Tilgung einer früheren Schuld des Assignanten empfängt, aber dem Assignanten, der etwa Gläubiger des unsicheren oder fern wohnenden Assignaten ist, versprochen hat, die Einziehung vorzunehmen.[25])

b. die Anweisung im alleinigen Interesse des Assignatars, sog. **reine Anweisung** oder Anweisung im **engeren Sinne**;[26]) der Assignatar ist zur Einziehung nur berechtigt, nicht verpflichtet. Sie ist kein Doppelmandat, sondern die Kombination eines Zahlungsmandats und einer Inkassoermächtigung.

Ob Doppelmandat oder Anweisung im engeren Sinne vorliegt, ist Thatfrage; im Zweifel ist das Doppelmandat nicht zu präsumiren.

Kann die Anweisung auch die Kombination eines Inkassomandats mit einer Zahlungsermächtigung oder gar eine Doppelermächtigung darstellen? Diese Frage dürfte zu verneinen sein; ein Zahlungsmandat liegt in der Anweisung stets eingeschlossen.[27])

4. Die Zahlungsanweisung unterscheidet sich

a. von der Cession dadurch, dass die Anweisung keine Forderung des Assignanten gegen den Assignaten voraussetzt, und dass, selbst wenn auf Schuld angewiesen worden, der Assignatar kein selbständiges Klagerecht erwirbt,[28])

b. von der Tratte durch das Nichterforderniss der Wechselform und die fehlende Absicht des Assignanten sich wechselmässig zu verpflichten,[29])

---

[25]) Vgl. Dernburg § 53 Z. 2.

[26]) v. Plucinski a. a. O., Kuntze zu Holzschuher p. 668 Note „reine Assignation". Vgl. auch Gelpcke p. 82 ff., Cropp Not. 15 u. bei Not. 35.

[27]) Das räumt selbst Ladenburg in Siebenhaars Arch. p. 14 ein: „Die Anweisung enthält wohl ein Zahlungsmandat". v. Plucinski p. 306, vgl. auch schon Cocceji § 8. A. M. ist Dernburg nach Not. 9; das von ihm gewählte Beispiel („wenn z. B. der Einkaufskommissionär den Verkäufer auf den Kommittenten wegen des Kaufpreises anweist, so bleibt der Ueberwiesene der Mandant und wird nicht Mandatar") scheint nicht zutreffend; der Kommittent ist zwar bezüglich des Kaufes einem Mandanten analog, bezüglich der Zahlung aber allerdings Mandatar; oder könnte nicht selbst ein Kommis, der für Rechnung des Prinzipals etwas gekauft hat, eben seinem Prinzipal bez. des Kaufpreises unter Umständen ein Zahlungsmandat zu Gunsten des Verkäufers ertheilen, resp. auf den Principal zu Gunsten des Verkäufers eine Anweisung, ja eine Tratte ausstellen?

[28]) Thöl § 330, Günther p. 331, Gruchot p. 481, 486, 487 Not. 1 u. 490 (Kübel, Ullmer, Koch), Holzschuher p. 134, Dernburg bei Not. 11, Brinckmann § 139 Not. 49, Cropp p. 361 ff.; Stryk § 26.

[29]) Dernburg bei Not. 7: „An sich kann daher nicht der Wechsel, wenn er verjährt oder präjudizirt ist, als gewöhnliche Anweisung aufrecht erhalten werden." R.O.H.G. IX p. 353, VI p. 130, XVIII p. 188; Thöl § 331 Not. 3. Vgl. noch Gareis p. 490, Wächter p. 84 Not. 5 u. 6; wenn letzterer lehrt, dass in Frankreich jedes nach auswärts ausgestellte Mandat mit Valutenbekenntniss der Tratte gleichstehe, so erscheint das so allgemein doch nicht ganz richtig; es müssen doch auch die sonstigen Erfordernisse der Tratte darin enthalten sein, insbesondere also die Ordreklausel, die doch der Anweisung nicht essentiell (vgl. unten Not. 39). Dass das Mandat non acceptable unter Umständen die Kraft einer kaufmännischen Anweisung in Deutschland haben könne, vgl. Busch, A. 28 p. 311. Vgl. übrigens noch Stenger § 12, Riccius § 84, Stryk § 27, Cropp p. 343 Not. 1 (nur Wechselstrenge gegen die Person), sowie auch unten Not. 40 (v. Salpius), Biener p. 442. Goldschmidt in seiner Z. VI p. 338 N. 1. — Scherer p. 294 ff. stellte 9 Unterscheidungsmerkmale auf!

c. von dem Zahlungsmandat durch den Hinzutritt entweder eines Inkassomandats oder einer Inkassoermächtigung,[30])

d. vom Inkassomandat durch den Hinzutritt eines Zahlungsmandats und bei der reinen Anweisung überdies noch durch die fehlende Verpflichtung des Assignatars zur Einziehung.[31])

5. Die Anweisung erfordert, wie das Mandat, gemeinrechtlich und bei Handelsgeschäften auch trotz entgegenstehenden Partikularrechts keine besondere Form, wenngleich sie der Regel nach, besonders gerade unter Kaufleuten, schriftlich ertheilt wird.[32]) Bei schriftlicher Ertheilung führt auch die Urkunde den Namen Anweisung;[33]) sie lautet in der Regel:[34])

Herr N. N. in X beliebe gegen diese Anweisung an Herrn A. die Summe von . . . . . zu zahlen und mir solche in Rechnung zu stellen. Werth . . . . Y. den . . ten . . . . B.

Essentiell ist nur

a. die Unterschrift des Assignanten;

b. der Zahlungsauftrag („zahlen Sie", „belieben Sie zu zahlen");[34a])

c. die Deckungsklausel („stellen Sie mir in Rechnung"); durch sie unterscheidet sich die Anweisung von dem Kreditauftrage;[35]) sie bezieht sich auf das Verhältniss des Assignanten zum Assignaten;

---

[30]) Dernburg Not. 3. Dagegen ist nach Kist p. 403 die Assignatie „eene eenvoudige lastgeving om te betalen." v. Plucinski p. 291 u. 325 verneint den Unterschied zwischen Zahlungsmandat und der Anweisung für eigene Rechnung.

[31]) Vgl. jedoch über die Schwierigkeit der Begrenzung Brinckmann Not. 7 u. 8, Endemann § 129 Not. 2—4, auch Eccius Not. 14, Hafner Not. 4 zu Art. 406. Schwz. Obl.R. u. oben Not. 24. Nach Windscheid § 412 Not. 8a und 17a unterscheidet sich die Anweisung von dem Auftrag dadurch, dass sie auf Begründung einer Verpflichtung zur Ausführung nicht gerichtet ist; es werde als selbstverständlich vorausgesetzt, dass ihr Folge geleistet wird; in der Anweisung als solcher liege kein Inkassomandat, obgleich ein solches mit ihr verbunden sein kann. Andere finden das Unterscheidungsmerkmal darin, dass der Assignatar nicht für Rechnung des Assignanten, sondern für eigene Rechnung die angewiesene Summe erhebt. Vgl. Kübel u. Plathner bei Gruchot p. 481 u. 486, anscheinend auch Dernburg § 52 „sie geschieht zu Gunsten des Angewiesenen". Zeitschr. f. H.R. XI p. 79 (Ladenburg).

[32]) Vgl. überhaupt Thöl § 325 a. E., Endemann nach Not. 8, Ladenburg p. 32, Gruchot p. 493 u. 494, Dernburg Not. 5, Eccius Not. 15, Windscheid Not. 13. Mündliche Anweisungen behufs Wechselzahlung waren auf den Messen häufig. König Not. ad § 24 Ord. Camb. Lips. p. 74, Stenger c. 11. Riccius § 6 a. E. (Assignant schickt z. B. seinen Markthelfer mit dem Assignatar zusammen zum Assignaten). — Mittermaier, der das Requisit der Schriftlichkeit in der Definition noch in der 4. Aufl. hatte (vgl. Ladenburg p. 5), hat dies später beseitigt.

[33]) Thöl a. a. O.

[34]) Ladenburg p. 25, Thöl a. a. O., Wächter p. 84 Not. 4. Aeltere Formulare bei Stenger c. 11, Riccius § 6.

[34a]) Auch die Worte „stellen Sie zur Disposition" sind als Zahlungsauftrag aufzufassen, Busch 24 p. 144. Früher begegnet auch die Fassung „für uns", „pro conto mio", „es soll mir validiren". Raumburger p. 632, Riccius a. a. O.

[35]) Ladenburg p. 27, Dernburg nach Not. 3, Eccius nach Not. 14. Vgl. auch v. Salpius p. 475: „zahle für meine Rechnung, ich will dafür haften. Dieser jussus ist

d. die Angabe der zu zahlenden Summe,

e. die Angabe des Assignaten, der mit dem Assignanten immerhin identisch sein kann. —

Nicht essentiell ist

a. die Selbstbezeichnung der Urkunde als Anweisung,[36])

b. die Angabe des Wohnorts des Assignaten oder eines besonderen Zahlungsortes; ist der Ausstellungsort angegeben, so ist dieser der Zahlungsort, eventuell ist die Anweisung überall, wo der Assignat anzutreffen, zahlbar,

c. das Zeit- und Ortsdatum der Ausstellung,[37])

d. die Angabe der Verfallzeit,[38])

e. die Angabe des Assignatars; Inhaberanweisungen sind gemeinrechtlich statthaft;[39]) Assignant und Assignatar können identisch sein,[40])

f. die Bezugnahme auf einen besonderen Benachrichtigungsbrief (Avis),[41])

g. die auf das Verhältniss von Assignant zu Assignatar bezügliche Werthklausel, so nützlich und üblich sie auch ist; sie pflegt bei der Anweisung zum Einzug zu lauten: „Werth zum Einzug“, „valeur en recouvrement“, sonst in der Regel: „Werth erhalten“ oder „Werth in Rechnung“.[42])

h. Endlich ist auch die Präsentationsklausel („Gegen diese Anweisung“) nicht als unerlässlich zu bezeichnen, so sehr die Vorsicht sie auch erfordern mag.[43])

Zuweilen ist auch die Form der **Quittung** gewählt. Hier werden der Zahlungsauftrag und die Deckungsklausel durch das in Erwartung der Zahlung ausgestellte Empfangsbekenntniss ersetzt.[43a])

6. Das Mandats- resp. Ermächtigungsverhältniss zwischen Assignant und Assignatar wird durch den Anweisungsvertrag begründet. Er wird perfekt nicht sowohl durch die Willenseinigung über die Ertheilung und Annahme

---

das eigentlich karakteristische Element der Anweisung.“ Diese Clausel fehlt unter den Essentialien in Kletke's Encycl. des W.R. I p. 374.

[36]) Thöl a. a. O. Vgl. aber auch Cropp Not. 1 u. Not. 15.

[37]) Ladenburg p. 26: „Ohne Datum ist sie mangelhaft; aber doch nicht rechtsunwirksam“.

[38]) Quod sine die debetur, statim debetur. Ladenburg p. 28 u. 29.

[39]) Ladenburg p. 27, Brunner oben II p. 204. Auch nach Schwz. Obl.R. 413. Ueber Ordreanweisung vgl. unten § 452 Not. 13 u. 42 ff. Ueber Blankoanweisung vgl. Sohm in Zeitschr. f. H.R. XVII p. 71. — Inhaberanweisungen v. J. 1263, 1281 u. 1282 bei Stobbe Zeitschr. VIII p. 30 u. XI p. 427, Brunner, Zeitschr. XXIII p. 228 Note. Vgl. auch Lattes a. a. O. Vgl. noch Behrend, Gutachten f. d. 17. Juristentag p. 34 u. Koch a. a. O. p. 23.

[40]) R.O.H.G. XX p. 34, Eccius Not. 2. Behrend § 37 Not. 6; vgl. jedoch auch oben Not. 15 und auch v. Salpius p. 464: „Die Beschränkung des Wechselvertrages auf 2 Personen schliesst jede Beziehung desselben zur Anweisung von selbst aus.“

[41]) Dernburg bei Not. 6: „Wesentlich ist dies (die direkte Nachricht) jedoch für die Rechtsgültigkeit der Anweisung nicht.“ Biener p. 443.

[42]) Ladenburg p. 26, Endemann § 130 Not. 5. Vgl. auch Langenn u. Kori, Erörter. prkt. Rechtsfr. 1829 I p. 76.

[43]) Ladenburg p. 28.

[43a]) Vgl. über diese „forme menteuse“ unten § 454 Not. 89 ff.

der Anweisung,[44]) als vielmehr durch die unter Willensübereinstimmung erfolgende Ertheilung und Annahme der Anweisung selbst, die bei der schriftlichen Anweisung meist, aber nicht nothwendig, in der Begebung und Annahme der Urkunde liegt.[45]) Zur Ertheilung resp. Annahme der Anweisung können die Parteien vertragsmässig resp. usancemässig verpflichtet sein;[46]) abgesehen hiervon ist Ertheilung und Annahme eine rechtlich freiwillige.

7. In der modernen Anweisung liegt, soweit dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, ausser dem Auftrag zu zahlen, auch der konkurrirende Auftrag, Zahlung zu versprechen. „Die Absicht geht längst auf nichts Anderes mehr, als auf eine Kreditanweisung.“ [47]) Der Assignat darf daher, soweit der Anweisende dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat, dem Assignatar die Anweisung acceptiren.[48]) Das Accept wird bei der schriftlichen Anweisung in der Regel auf die Präsentation des Assignatars hin auf die Urkunde gesetzt, meist mittelst des durch die Unterschrift des Assignanten gedeckten Wortes „acceptirt“ oder „angenommen“.[49]) Die acceptirte Anweisung darf nicht kontremandirt werden.[50])

---

[44]) Endemann § 130 nach Not. 3.

[45]) Thöl § 326; vgl. noch Endemann Not. 4, Eccius Not. 17.

[46]) Mittermaier Not. 4, 8, 24 u. 25, Endemann Not. 6, Thöl § 328 Not. 2–4, Pöhls, H.R. I p. 291, W.R. I p. 36—46, Bender, § 386 Not. a ff., Daniels, W.R. § 66 p. 270—272, Ladenburg p. 14 ff., v. Salpius p. 477, v. Plucinski p. 312, vgl. oben § 449 Not. 10. Nach Art. 408 des Schw. Obl.R. ist der Gläubiger, der die von seinem Schuldner als Assignanten ihm ertheilte Anweisung nicht annehmen will, zur unverzüglichen Anzeige bei Vermeidung von Schadensersatz verpflichtet.

[47]) So v. Salpius p. 479: nur bez. der kaufmännischen Anweisung Unger p. 83; vgl. v. Plucinski p. 329 ff. u. 357, Ladenburg in Siebenhaars A. XVI p. 3, Levy p. 7, Thöl § 327 Not. 3, Cropp II p. 354 ff., Windscheid Not. 16, Kohler p. 351. Das B. O.H.G. I p. 71 nahm 1870 in einem sächs. Falle freilich an, dass nur unter besonderen Umständen in der Anweisung auch ein mand. de promittendo liege; Busch A. 22 p. 174 ff. Zeitschr. f. H.R. XVI p. 223. Vgl. auch die § 450 Not. 49 Citirten.

[48]) Vgl. § 450 bei Not. 34 u. 49, Martens § 48, Endemann § 132 Not. 2, Cropp II p. 354 ff., 392 ff., Windscheid Not. 16, Seuffert XXI Nr. 232, XXII Nr. 41, Thöl § 327 Not. 3, Ladenburg in Siebenhaars Arch. XVI p. 3 ff., Gruchot p. 540, Goldschmidt in seiner Zeitschr. I p. 611.

[49]) Thöl § 326 u. 329 Not. 12, Endemann § 132 Not. 4 u. 5, Brinckmann Not. 11. „Die Annahme kann aber auch durch konkludente Handlungen, selbst vor der Präsentation, geschehen“. Zeitschr. f. H.R. XV p. 570. Treffend Dernburg § 54 Not. 4, dass auch in der blossen Namensunterschrift der Wille der Acceptation, Gegenbeweis vorbehalten, zu sehen ist. Ueber Acceptation vor Benennung des Assignatars vgl. Löher bei Gruchot p. 503. Ueber Blankoaccepte Sohm in Zeitschr. f. H.R. XVII p. 72. Die bloss mündliche Acceptation war früher nicht ungewöhnlich. v. Plucinski p. 356 Not. 6.

[50]) Vgl. oben § 450 bei Not. 49, Thöl § 327 Not. 4, Endemann § 129 Not. 9, Gruchot p. 540, aber auch p. 499, Windscheid Not. 16; a. M. Ob.Tr. Stuttgart 1863 (Seuffert XVIII 135) u. 1872 (Gruchot p. 482 u. 500). Gareis schliesst p. 486 die Kontremandirung anscheinend nur für den Fall der acceptirten reinen Anweisung aus. Vgl. noch Cropp p. 357 Not. 25 (Preuss. L.R. § 275, Bad. L.R. 2010 f.) u. p. 395. Seuffert XXI Nr. 232 (Mannheim).

Zum Accept ist der Assignat ohne besondere Abrede selbst dann nicht verpflichtet, wenn er Schuldner des Assignanten ist;[51]) eine solche Abrede ist auch darin zu finden, dass der Assignat auf die Benachrichtigung des Assignanten, dass er eine Anweisung auf ihn ausgestellt, seine Einwilligung ausdrücklich oder unter Umständen durch Stillschweigen erklärt hat.[52]) Die Verbindlichkeit zu acceptiren besteht, sofern übernommen, doch nur dem Assignanten gegenüber; der Assignatar hat dem Assignaten gegenüber kein Recht auf das Accept.[53]) Der Assignat wird dem Assignatar durch die rückhaltlose Annahme selbstständig[54]) verpflichtet, selbst dann, wenn er die Anweisung nach dem ihm bekannt gewordenen Widerruf acceptirt hat.[55]) Das Accept ist unwiderruflich, selbst im Konkurse des Assignanten.[56]) Das Accept der Anweisung hat dieselben Wirkungen, wie das Wechselaccept.[57]) Der Assignat kann nach erfolgtem vorbehaltlosen Accept dem Assignatar also nur solche Einreden entgegensetzen, welche sich aus dem Inhalte der Anweisung oder aus seinem persönlichen Verhältnisse zum Assignatar ergeben, nicht aber Einreden aus seinem Deckungsverhältnisse zum Assignanten oder gar aus dem Valutenverhältniss zwischen dem Assignanten und Assignatar.[58]) Das Accept der An-

---

[51]) Thöl 329 Not. 15, Endemann § 132 Not. 3, v. Salpius p. 477, Sächs. B.G.B. § 1329, Zürich § 1197, Schw. Obl.R. 410 Abs. 2, Pöhls, W.R. I p. 48. Anders das Preuss. L.R. § 256, dessen Bestimmungen Plathner tadelt, Gruchot p. 496 vertheidigt.

[52]) Endemann § 131 Not. 2. Biener p. 443.

[53]) Endemann § 132 Not. 3.

[54]) Das Accept der Anweisung ist nach v. Salpius p. 481 als Delegationsstipulation aufzufassen, nur dass einerseits der Stipulation das formlose Versprechen substituirt ist, und dass andererseits die tilgende Wirkung fehlt (vgl. unten bei Not. 78). Vgl. auch schon Scherer bei Ladenburg p. 23. Die Literatur über die sonstigen Erklärungsversuche der Wirksamkeit dieses Accepts bei Gruchot p. 501 ff., Eccius Not. 38, v. Salpius p. 480 ff., v. Plucinski p. 324 ff. — Thöl § 329 nach Not. 6 hält das auf Grund einer nicht kaufmännischen Anweisung dem Assignatar gegebene Zahlungsversprechen, weil ein Summenversprechen ohne causa debendi, gemeinrechtlich für ungültig, vgl. aber auch Not. 10 u. 13, sowie Windscheid Not. 16; vgl. überhaupt noch Endemann Not. 7 u. 8, Ladenburg p. 22 ff., v. Salpius p. 463 u. 481, Busch, Arch. V p. 316, Zeitschr. f. H.R. X p. 439 u. 466 (R. Koch) u. p. 575, Seuffert XVIII 135, XXI 232, XXII 41, Gruchot p. 498—508, Preuss. L.R. § 259, Sächs. B.G.B. § 1328, Zürich § 1198, Schwz. Obl.R. 409, Dresd. Entwurf A. 778, Bayr. Entw. 726, Bad. L.R. 2010 f. (vgl. Ladenburg p. 47). — Anders der C. c. 1277, vgl. Creizenach p. 317 u. 327, u. das Oestr. B.G.B. § 1403: „Nimmt er sie an, so entsteht ein Vollmachtsvertrag zwischen ihm und dem Assignanten, aber noch kein Vertrag mit dem Assignatar.“

[55]) Eccius Not. 39.

[56]) Endemann a. a. O. Not. 7, R.O.H.G. XXII 142, Dernburg § 54 Not. 8, Eccius Not. 38, Würtemb. Entw. Art. 360 c., Busch, A. X p. 348.

[57]) Thöl § 331 p. 1090 Z. 2.

[58]) Endemann § 132 Not. 11, Ladenburg p. 22, v. Salpius p. 482 u. 484 u. 119 ff., Busch, A. 24 p. 349, Kohler p. 356, Sächs. B.G.B. § 1333, Zürich § 1198, Schwz. Obl.R. 409, Dresd. Entw. 779 (Gruchot a. a. O.). Anders nach Preuss.R. bei Anweisung auf Schuld; vgl. Dernburg § 54 nach Not. 6:

weisung kann auch ein bedingtes, betagtes oder der Summe nach beschränktes sein; der Acceptant haftet in diesen Fällen nach Maassgabe seines Acceptes.[59])

8. Zwischen Assignatar und Assignat besteht vor der Annahme kein Rechtsverhältniss.[60]) Der Assignat braucht nicht zu zahlen, auch wenn er der Schuldner des Assignanten ist; der Assignatar hat bei verweigerter Annahme resp. Zahlung gemeinrechtlich kein Klagerecht, es sei denn, dass bei Anweisung auf Schuld ihm die Forderung cedirt oder Prozessvollmacht ertheilt sei.[61]) Noch weniger steht dem Assignatar ein ausschliessliches Recht auf die in den Händen des Assignaten etwa befindliche Deckung zu.[62]) Auch die Zahlung begründet kein Rechtsverhältniss zwischen diesen Personen, sofern nicht etwa bei der Zahlung ein Vorbehalt gemacht oder eine sonstige besondere Vereinbarung getroffen worden.[63]) Eine weitere Verpflichtung zur Klage aus dem Accept der Anweisung besteht für den Assignatar nicht.[64])

9. Die Pflichten des Assignatars richten sich nach dem konkreten Anweisungsvertrage:[65])

a. Bei der Doppelmandatsanweisung hat der Assignatar im Zweifel die Pflicht des Inkassomandatars; er hat daher dem Assignanten für das Interesse

---

„Dies entzieht dem Assignaten ältere Einreden, keineswegs aber schlechthin später erwachsende Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältniss“; vgl. auch Gruchot p. 511 ff. Ueber die Kompensationseinrede vgl. Seuffert XIII Nr. 141, Eccius p. 682 ff. Not. 37 u. 40, Dernburg, Komp. p. 428 u. oben § 446 Not. 51. Nach Ladenburg p. 23 sind, sofern der Nehmer mit dem Einzug für Rechnung des Anweisers beauftragt ist, alle Einreden ex persona assignantis statthaft.

59) Dernburg § 54 Not. 9. A. M. ist Eccius Not. 41. Vgl. auch Hafner Not. 1 zu Art. 409 des Schwz. Obl.R.

60) Endemann § 132 Not. 1, Gruchot p. 498, Eccius Not. 37.

61) Thöl § 329 Not. 14, Seuffert XXII 41, Gruchot p. 510, Endemann Not. 1, § 76 R.Civ.Proz.O., dazu Eccius Not. 25. A. M. Stryk usus mod. 18, 4 § 42 „nomine et jure alieno“, Pöhls II p. 48; Ladenburg p. 24 hält sich „zu dem Schlusse berechtigt, dass in der Anweisung die für nothwendig erachtete Prozessvollmacht schon enthalten ist“; vgl. dagegen Goldschmidt in s. Zeitschr. f. H.R. I p. 614. Auch das Preuss. L.R. § 281 gestattet bei Anweisung auf Schuld dem Assignatar, als Vertreter des Assignanten, zu klagen. Zeitschr. f. H.R. II p. 441. Dernburg § 54 Not. 1, S. 55 Not. 1 u. 2, § 52 Not. 11, Ladenburg p. 36 ff., Gruchot p. 547 ff., Cropp Not. 44. Auch nach Schwz. Obl.R. 410 ist bei Anweisung auf Schuld der Assignat auch ohne Accept zur Zahlung an den Assignatar verpflichtet, soweit die Lage des Ersteren dadurch in keiner Weise verschlimmert wird. Kein Klagerecht nach Sächs. B.G.B. § 1338 u. 1329, Schmidt p. 454, ebenso nach Bad. L.R. A. 2010 l., Kohler p. 356.

62) v. Plucinski p. 315, vgl. Cropp p. 346 ff., 365 ff. u. 381, Holzschuher p. 676, Hamb. Arch. f. H.R. I p. 113 ff. (Trummer). Vgl. auch noch Busch A. XII p. 287 u. XXX p. 6 ff. (Ladenburg). Der Württemb. Entw. 774 u. 784, Mot. p. 656 u. 662 giebt dem Assignatar das Recht auf die Deckung; ebenso das schottische und wohl auch das französische Recht.

63) Thöl § 329 Not. 3, Gruchot p. 488, v. Plucinski p. 317.

64) Seuffert XIII 220, Gruchot p. 549 ff.

65) Ladenburg p. 14.

einzustehen, falls er die Einziehung nicht rechtzeitig[66]) und mit allem Fleiss betrieben, oder falls er die Anzeige der verweigerten Zahlung resp. Annahme, oder falls er die ihm etwa obliegende Abführung der eingezogenen Summe unterlassen oder verzögert hat.[67])

b. Bei der Anweisung im engeren Sinne besteht keinerlei Verbindlichkeit des Assignatars zur Beitreibung oder zur Benachrichtigung von der Nichthonorirung; der Assignatar kann die Anweisungsurkunde liegen lassen, er kann sie vernichten.[68]) Er haftet auch keineswegs dem Assignanten ohne besondere Abrede für das Interesse. Unterlässt oder verzögert der Assignatar die Beitreibung, so schadet er nur sich selbst; ihn trifft die Gefahr, dass er die angewiesene Summe nicht oder nicht ganz empfängt. Möglicherweise kann er in Folge der Säumniss auch seines Anspruches aus dem alten Schuldverhältnisse gegen den Assignanten verlustig gehen; es ist aber einerseits ein solcher Anspruch keineswegs stets vorhanden,[69]) andererseits sind der verlorene Anspruch des Assignatars und das Interesse des Assignanten ganz heterogene Ansprüche,[70]) die daher auch zahlenmässig unter Umständen höchst verschiedene Summen ergeben können.[71]) Der Verlust des etwaigen früheren Anspruchs — ein Regress aus der Anweisung besteht nicht — erklärt sich durch die Annahme, dass die diligente Beitreibung ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung des Rückgriffs auf die alte Forderung gemacht worden.[72]) In vielen Partikularrechten wird der Assignatar freilich ohne Unterscheidung der Fälle generell zur Einziehung für verpflichtet erklärt.

Eine bestimmte Einziehungsfrist ist für die gewöhnliche Anweisung, falls

---

[66]) Vgl. unten Not. 73.

[67]) Vgl. oben II § 257 Not. 10 (Regelsberger), Martens § 50, Pöhls p. 297, Thöl § 323 Not. 1—5 u. 328 Not. 1, Ladenburg a. a. O., Mittermaier Not. 16, Eccius Not. 22—26, Brinckmann § 139 Not. 17, Endemann § 130 Not. 13, Gruchot p. 543 ff., Hamb. Arch. f. H.R. II p. 391 (Kosegarten). Ueber die Benachrichtigungspflicht vgl. Württ. Entw. A. 360 c u. Motive p. 332 (auch für die gewöhnliche Anweisung).

[68]) Ladenburg p. 8 u. 15, v. Plucinski p. 306—313 gegen Thöl § 323 nach Not. 8, Windscheid Not. 17 a, Endemann Not. 13, Brinckmann Not. 31, Notifikationspflicht bei Schadensersatzpflicht nach Schwz. O.R. 411.

[69]) Vgl. unten bei Not. 84. Man denke an Schenkung, an wirkliche Annahme an Zahlungsstatt (Ladenburg p. 16 u. 17 Note), an Garantieerlass. Vgl. noch Biener p. 443.

[70]) Thöl a. a. O. meint freilich, dass das Interesse sich „hier in der Form (?) gestaltet, dass es, ungeachtet er gar nicht oder nicht gehörig empfing, gilt, als habe er gehörig empfangen.“ Vgl. dagegen v. Plucinski p. 313, auch Dernburg Not. 6 u. 7, R.O.H.G. III p. 138, Eccius Not. 23.

[71]) Der Assignant gibt z. B. in der Meinung, dass die längst fällig gewesene, aber nicht präsentirte Anweisung vom Assignaten honorirt wird, Letzterem weiteren Kredit, oder er unterlässt die Einziehung der fälligen Forderungen. Vgl. Bluntschli, Erl. III p. 219, Gruchot p. 544.

[72]) Endemann § 130 Not. 14: „Jede Anweisung wird in der Unterstellung gegeben und genommen, dass der Assignatar damit nicht schuldhaft verfährt.“ L. 39 u. 161 D. 50, 17, Ladenburg p. 16 u. bei Siebenhaar p. 18. A. M. Goldschmidt in Zeitschr. f. H.R. I p. 610. Vgl. auch oben p. 1084 u. unten N. 77.

sie die Verfallzeit nicht angiebt, nur sehr selten gesetzlich normirt.[73]) — Der Anweisende ist an sich nicht verpflichtet, dem Assignaten die ertheilte Anweisung direkt bekannt zu machen; es genügt vielmehr im Zweifel die Ertheilung der Anweisung an den Assignatar und die Benachrichtigung durch den Letzteren, die bei schriftlicher Anweisung durch die Präsentation zur Zahlung resp. zur Annahme erfolgt.[74]) Der Verzögerung der Einziehung steht eigenmächtige Fristgewährung gleich.[75])

10. Wird die Anweisung trotz diligenten Einziehungsversuchs nicht bezahlt, so hat der Assignatar ohne besonderes Garantieversprechen keinen Regress aus der Anweisung selbst.[76]) Es hängt vielmehr durchaus vom unterliegenden Valutenverhältniss ab, ob ein Anspruch gegen den Assignanten besteht.

War die Anweisung auf eine Forderung des Assignatars gegen den Assignanten ertheilt, so hat der Regel nach der Assignatar die Klage aus dem alten Schuldverhältnisse, es sei denn, dass die Anweisung nicht blos zahlungshalber, sondern, was nicht zu vermuthen, wirklich an Zahlungsstatt angenommen sei. Die Geltendmachung der alten Forderung ist präsumtiv an die Bedingung geknüpft, dass der Assignat trotz diligenter Beitreibung[77]) Zahlung nicht leistet; Protesterhebung ist dagegen keine Bedingung.

Auch wenn der Assignat acceptirt hat, ist nach modernem Gewohnheitsrecht — im Gegensatz zur Delegationsstipulation und deren Grundsatz „solvit qui reum delegat" — der Assignant der früheren Verbindlichkeit der Regel nach nicht ledig; es gilt vielmehr auch dann die gerade für diesen Fall zuerst aufgekommene Parömie: „Anweisung ist keine Zahlung".[78]) Es hat sonach der

---

[73]) Preuss. § 277 ff.: regelmässig 14 Tage, wenn der Assignat an dem nämlichen Ort wohnt; vgl. Details bei Eccius noch Not. 22, Dernburg § 53 bei Not. 4, Ladenburg p. 34. Vgl. überhaupt Gruchot p. 543—546 und die dort Citirten. Vgl. auch Bad. L.R. 2010 g: „. . . wenn man ohne Aufenthalt ihn angeht" und dazu das Heidelberger A.G.Erk. v. 23. Dec. 1880 bei R. Koch, Checkges. p. 15. Ueber die kaufmännische Anw. vgl. § 452 Not. 19.

[74]) Ueber die Abweichung des Preuss. Rechts § 268 ff., vgl. Plathner bei Gruchot p. 538 ff., Dernburg §§ 52 Not. 6 u. 53 nach Not. 2, Eccius Not. 27 ff.

[75]) Bad. L.R. 2010 h., Bender § 159 Not. 6. Würt. Entw. 360d. Prss. L.R. § 289 ff.

[76]) Thöl § 328 Not. 7 u. § 331 Not. 8, Günther p. 330, Ladenburg p. 15, Dernburg § 53 Not. 1, Eccius nach Not. 20, R.O.H.G. XIII p. 313, Endemann § 130 Not. 17, Gareis p. 490: a. M. ist Heise § 16. Noch weniger besteht eine Pflicht des Assignanten als solchen dafür einzustehen, dass die Anweisung acceptirt wird. Wächter p. 84 Not. 8. Vgl. auch Württ. Entw. 360 c, Motive p. 332. Busch, A. 45 p. 364. Langenn u. Kori a. a. O. p. 72 ff. u. Seuffert III, 322 u. V, 280.

[77]) Vgl. oben Not. 72. Der Verlust des Rückgriffs wegen mangelnder Inkassodiligenz ist übrigens bestritten; vgl. z. B. nur für Schadensersatzpflicht des Assignatars Seuffert, Arch. XIII 220, Kuntze bei Holzschuher p. 673; auch nach Preuss. Recht bewirkt Säumniss bei der Einziehung nicht Regressverlust, sondern Pflicht zum Schadensersatz. R.O.H.G. III p. 138, XII p. 106, XVI p. 417. R. Koch p. 25 Not. 3, Eccius Not. 21 u. 23, Dernburg § 53 Not. 6; dagegen tritt nach Bad. L.R. 2010 g Befreiung des alten Schuldners ein. Koch a. a. O. Vgl. auch Busch XXXVIII p. 238.

[78]) Rechten en costumen van Antwerpen tit. 64. (Brunner in Zeitschr. f. H.R. XXII p. 33). Frankf. Reform. 1578 II 24 § 10 ff. Sächs. Mand. v. 1699. Preussen § 261,

Assignatar nunmehr zwei Forderungen, die er zu gleicher Zeit oder nach einander geltend machen kann: die Forderung aus dem Accept und die alte Forderung gegen den Assignanten.[79]) Diese beiden Forderungen gehen zwar der Regel nach, doch nicht nothwendig, auf denselben Betrag.[80])

War die Anweisung gegen Entgelt erworben, so ist im Fall der Nichtzahlung der diligente Assignatar jedenfalls den Betrag zu fordern berechtigt, um den der Assignant sich mit seinem Schaden bereichern würde,[81]) die volle Anweisungssumme nur, falls ein ausdrückliches oder was freilich sehr oft der Fall sein dürfte, ein stillschweigendes Garantieversprechen vorliegt;[82]) falls der Assignat in Folge Widerrufs des Assignanten nicht zahlt, ist die hingegebene Valuta zu erstatten und das Interesse zu ersetzen.[83]) War die Anweisung zur Begründung eines Schuldverhältnisses des Assignatars gegen den Anweisenden ertheilt, so wird bei Nichtzahlung Ersterer präsumtiv nicht Schuldner des Assignanten[84]) und hat seinerseits einen Anspruch auf Ersatz des aus der

---

Bad. L.R. 2010 g, Sächs. B.G.B. § 1337, Zürich § 1200, Schweiz. Obl.R. 407, Württ. Entw. Motive p. 332. Nach Oesterr. B.G.B. § 1406 haftet, sofern nicht Quittung der älteren Schuld erfolgt ist, der Assignant, wie sein Cedent für Verität und Bonität, jedoch nie für mehr, als er von dem Assignatar erhalten hat. Zeitschr. f. H.R. XXII p. 30. — Endemann, Studien II p. 237, Eisenhart, Sprüchwörter p. 428, Cocceji § 24, Stryk § 26, Raumburger p. 633, aber auch p. 638 a. E., Martens § 16, Pöhls I p. 297 Not. 2, Mittermaier Not. 11—14, Gareis p. 490, Holzschuher p. 669 ff., Windscheid Not. 17, v. Salpius p. 11 ff. u. 485 ff., v. Plucinski p. 317 u. 352 ff., Ladenburg p. 14 ff., 39, Zeitschr. f. H.R. XI p. 85, Gruchot p. 488, 513 ff., 517 ff., Dernburg p. 54 Not. 11, Eccius Not. 19, Schmidt p. 453, Kist p. 308. — Busch XIII p. 280. („Stehen lassen" der angewiesenen Summe bei dem Assignanten wirkt nicht als Entlassung des Assignanten).

[79]) Vgl. Dernburg Not. 12.

[80]) A. M. ist Dernburg bei Not. 11: „Zwei Obligationen wegen desselben Schuldgegenstandes." Man denke aber nur an den Fall, dass der Assignant, um etwa seinen Gläubiger zur Annahme der Anweisung statt baaren Geldes zu bewegen, auf eine grössere Summe, als die alte Schuld beträgt, assignirt, und der Assignatar dieselbe zu versuchter Einziehung genommen hat, oder dass die alte Schuld zu einer früheren Zeit fällig war, und dass der Zinsfuss der alten Schuld den Zinsfuss der gesetzlichen Verzugszinsen übersteigt. Auch ist mindestens bei der Doppelmandatsanweisung der Assignatar alle Einzugsspesen (Reisekosten, Porti) mit der a. mandati contraria vom Assignanten zu fordern befugt — Eccius Not. 21 —, während der Assignat hierfür nicht haftet.

[81]) Ladenburg p. 20 u. 21 u. Zeitschr. f. H.R. XI p. 86 gewährt die Kondiktion der gezahlten Valuta ganz allgemein; seine Annahme, dass „der Anweiser sich hier doch augenscheinlich mit dem Schaden des Nehmers bereichern würde", passt aber doch nur für den Fall, dass der Anweiser trotz empfangener Valuta dem Assignaten keine Deckung gegeben resp. die Deckung wieder entzogen hat. Vgl. noch Günther 336. Biener p. 443.

[82]) Dernburg § 53 bei Not. 3. (Allgemein): „Es ist die Handlung eines Dritten versprochen, meist zugleich die Verpflichtung, für den Erfolg einzustehen, übernommen". Vgl. auch Ladenburg in Siebenhaars Arch. XVI p. 6. In der Regel wird auch das Einstehen für die Solvenz des Assignaten bei diligenter Präsentation als gewollt anzunehmen sein. Vgl. übrigens noch Goldschmidt in seiner Z. VI p. 338, Not. 1.

[83]) Vgl. auch Siebenhaar p. 675, R. Koch, Gutachten für den 17. Juristentag p. 25 Not. 4.

[84]) Endemann § 130 Not. 11.

Nichtzahlung ihm erwachsenen Schadens. War der Dritte zum Einzug nur im Interesse des Anweisenden verpflichtet, so hat er nur Anspruch auf Ersatz der Auslagen und möglicherweise auf Provision; insoweit er etwa in der Hoffnung des Eingangs der Anweisung vorschussweise dem Assignanten Zahlung gemacht hat, kann er diesen Vorschuss zurückverlangen.[85])

11. Das Verhältniss des Assignaten zum Assignanten, insbesondere der Anspruch auf Revalirung, folgt durchaus den Normen, die bezüglich des Verhältnisses des Zahlungsmandatars zum Zahlungsmandanten gelten.[86])

12. Die gewöhnliche Anweisung erlischt wie das Zahlungsmandat, mithin auch vor dem Accept, obwohl dies bestritten, durch den Tod des Anweisenden[87]) und durch den Widerruf; letzteres wohl selbst dann, wenn die Anweisung zum Vortheil des Assignatars ertheilt ist, dann freilich aber nur dem Assignaten, nicht auch dem Assignatar gegenüber.[88])

13. Die Anweisung kann mangels Verbots[89]) vom Assignatar auf einen Dritten und von diesem weiter übertragen werden. Es liegt darin nicht nothwendig eine Cession,[90]) sondern es tritt zu der ursprünglichen Anweisung eine neue Anweisung, resp. eine Reihe von solchen hinzu.[91]) Das Verhältniss des Sekundo- resp. Tertioassignatars zu seinem Vormann kann wiederum das des Doppelmandats oder das der Anweisung im engeren Sinne sein. Der Sekundo-

[85]) Martens § 49. Ladenburg in Siebenhaars Arch. XVI p. 5.

[86]) Vgl. § 450 Not. 45 ff., Thöl § 327, Endemann § 130 Not. 20 ff. u. § 131. Ladenburg p. 7, Dernburg § 55, Gruchot p. 509 ff., Günther p. 330, Eccius Not. 32 ff., Windscheid Not. 41, v. Plucinski p. 300 ff., v. Salpius p. 61 ff. u. 478 (Kondiktionennatur der Klage).

[87]) Windscheid Not. 8a a. E., Mittermaier Not. 6, Holzschuher p. 675, Günther p. 328 Not. 2. R. Koch, Gutachten für den Juristentag p. 24. Gegen das Erlöschen Gruchot p. 541, Stryk § 64, Ladenburg in Siebenhaars Arch. XVI p. 3 u. 4, sowie das Preuss. L.R. (Eccius Not. 47), R. Koch a. a. O. Not. 2; für das Erlöschen auch das Sächs. B.G.B. § 1330 Satz 2.

[88]) Wächter, Encyklop. p. 84 Not. 3, Thöl § 329 N. 1 u. 323 N. 11, Cropp p. 395 A. M. v. Plucinski p. 316 ff.; vgl. überhaupt Endemann § 130 Not. 9, Windscheid a. a. O., Holzschuher p. 675 u. 676, Günther p. 328 ff., Mittermaier Not. 5, Dernburg § 53 nach Not. 1, Gruchot p. 539 ff., Ladenburg p. 6, Oesterr. B.G.B. § 1404. Sächs. B.G.B. § 1331 u. 1336, Siebenhaar a. a. O. Die Anweisung an Zahlungsstatt des Bad. L.R. (2010 i) ist unwiderruflich. R. Koch p. 26, Kohler p. 353. Unwiderruflich auch nach Bayr. L.R., Seuffert 38 Nr. 91. — Als Widerruf gilt die Eröffnung des Konkurses über den Assignanten. Günther p. 327, Schwz. Obl.R. 412; vgl. übrigens auch Dernburg § 54 Not. 2. — Ueber Widerruf trotz Accepts vgl. historisch Stobbe in Zeitschr. f. H.R. VIII p. 33.

[89]) Martens § 51 Note. Nach Bad. L.R. 2010 l. ist der Assignatar zur Uebertragung einer angewiesenen Forderung an Dritte ohne Ermächtigung durch ein besonderes Vertrags-Geding nicht befugt.

[90]) Cession nehmen an Holzschuher p. 671, Langenn u. Kori a. a. O. I p. 73, zum Theil auch Ladenburg p. 48, Brinckmann nach Not. 19, Martens § 51; vgl. auch Günther p. 330 u. Mittermaier Not. 18. Vgl. noch unten Not. 96.

[91]) Eccius nach Not. 41, Dernburg § 53 nach Not. 13, Thöl § 338, Gelpcke p. 87 ff.

assignatar erwirbt die Rechte resp. Pflichten eines Assignatars nur seinem unmittelbaren Vormann gegenüber; dem ersten Assignanten gegenüber hat er weder eigene Rechte, noch auch nur die Rechte seines Vormanns;[92]) ein Sprungregress ist mithin ausgeschlossen, soweit nicht etwa die Rechte gegen den Vordermann cedirt worden.[93]) Insoweit der etwaige Rückgriff auf Grund des alten Schuldverhältnisses von der Bedingung diligenten Inkassos abhängig gemacht ist, muss auch der Sekundoassignant die mangelnde Diligenz seines Assignatars sich entgegensetzen lassen.[94]) Im Verhältniss zum Assignaten hat der Sekundoassignatar ein Recht aus dem Accepte.[95])

Mit der Weiterübertragung kann eine Cession des Regressrechts des Uebertragenden gegen seinen unmittelbaren Vormann kombinirt werden.[96])

14. Wenn auf dieselbe Schuld mehrere Anweisungen verschiedener Personen ertheilt sind, so entscheidet die Priorität des Accepts resp. der Präsentation, eventuell die Priorität der Begebung, eventualissime ist wohl pro rata an sämmtliche Assignatare zu zahlen.[97])

§ 452.

3. Die kaufmännische Anweisung.[1])

1. Wenngleich der Handel sich schon im 12. und 13. Jahrhundert der Anweisungen mit besonderer Vorliebe bediente,[2]) so bestand doch, von der Tratte abgesehen, zunächst kein wesentlicher Unterschied zwischen der kaufmännischen und der gewöhnlichen Anweisung. War es auch hauptsächlich gerade die Handelspraxis gewesen, die den römischen Mandats- und Delegationsbegriff zuerst modifizirt hatte,[3]) so kam es doch Jahrhunderte lang zu keiner wirklichen Scheidung beider Arten. Erst seit Beginn des vorigen Jahrhunderts wurde es unter den Juristen üblich, das neue Institut in eine gemeine und eine kaufmännische Anweisung zu zerlegen,[4]) jene mehr nach den romanistischen

[92]) A. M. Martens § 51, Ladenburg p. 49.

[93]) Dernburg Not. 14, Eccius Not. 42, Holzschuher a. a. O. Gelpcke p. 88.

[94]) Eccius vor Not. 42. Vgl. aber auch Busch 38 p. 238.

[95]) Dernburg a. a. O.

[96]) Thöl § 338 II.

[97]) Vgl. Stryk § 51 Note, Cod. Max. Bav. IV 15 § 7 bei Gruchot p. 550. Ueber Preuss. L.R. § 395 ff., Dernburg § 55 Not. 6, Eccius Not. 44. — Ueber Statutenkollision bei Anweisungen vgl überhaupt Seuffert 38 Nr. 91, Gelpcke p. 95 und Arch. f. H.R. II p. 377 ff., 389 (Kosegarten).

[1]) Literatur vgl. oben § 451 Not. 1.

[2]) Endemann, Stud. I p. 97, Stobbe, Brunner, Gengler, Biener, Lattes a. a. O. (vgl. § 451 Not. 1), Günther p. 333. Historisch vgl. auch Hübner, Banken p. 5, Dernburg, Komp. p. 23.

[3]) v. Salpius p. 9 ff.

[4]) Die Berechtigung der ganzen Unterscheidung bestreitet energisch v. Salpius p. 469: „sie wurde nur durch die Mangelhaftigkeit der Theorie hervorgerufen. der neugeschaffene Rahmen, in den man das Institut zu bannen suchte, wollte nicht passen; man verzichtete darauf, die widerspenstigen Elemente zu bewältigen und nannte sie mit naiver Resignation „kaufmännische“. Gerade diese unfassbare kaufmännische

Grundsätzen, diese dagegen freier zu behandeln.[5]) Die deutsche Partikulargesetzgebung folgte der Theorie, indem sie bald auf sämmtliche, bald nur auf gewisse kaufmännische Anweisungen alle oder einzelne Rechtssätze des materiellen oder formellen Wechselrechts für anwendbar erklärte.[6]) In seltenen Fällen beschränkte sie den Gebrauch der Anweisung wegen der damit verbundenen Missstände.[7]) — Der Handelsstand bedurfte der Anweisung neben der Tratte aus einer Reihe von Gründen. Einerseits war die Tratte vielfach von dem Erforderniss der Ortsdistanz, sowie von Aufnahme verschiedener Klauseln (Wechsel-, Ordre-, Valutaklausel) und der genauen Angabe der Fälligkeit abhängig gemacht, während doch Platzwechsel nicht zu entbehren waren, auch unvollständig stylisirte Tratten ohne schwere Schädigung doch nicht ganz werthlos bleiben durften. Andererseits gab die Beschränkung der Wechselfähigkeit Anlass zur Zulassung von Anweisungen.[7a]) Ueberdies hatte der Aussteller der Tratte die Eventualität des Regresses mangels Annahme zu befürchten, eine Gefahr, der man, ohne für sofortige Deckung sorgen zu müssen, zwar durch den eigenen resp. den domizilirteigenen Wechsel entgehen konnte, der man indess bei der nun einmal vorhandenen Abneigung des Verkehrs gegen jene Wechselarten durch Ausstellung von (ipso jure oder doch laut Verbot) nicht-acceptablen Papieren lieber begegnen mochte. Endlich musste es der Wunsch mancher Aussteller sein, den Kosten des Protestes, dem Sprungregress, dem Wechselprozess und dem Wechselarrest nicht unterworfen zu sein, gleichviel aber ein der Tratte ähnlich sehendes Papier als

---

Assignation war aber das lebendige, aus der Verschmelzung römischer und deutscher Grundsätze hervorgegangene Rechtsinstitut. Eine davon verschiedene gemeine Assignation bestand nur in der Phantasie der Juristen." — Gegen die Scheidung auch Thöl § 325 Not. 7, C. F. Koch, Uebergang p. 231. Von geringem Werth erklärt sie Brinckmann Not. 9. Unger p. 84 u. v. Plucinski p. 357 wollen die kaufmännische Anweisung nicht als eine modifizirte Spezies der gemeinen, sondern als eine diesen koordinirte Art von Anweisungen, als Kreditanweisungen aufgefasst wissen; dass aber auch die gemeine Anweisung den Auftrag zu zahlen oder zu versprechen enthält, vgl. § 451 bei Not. 47. Für die Trennung beider Kategorien nach gemeinem Recht Günther, Mittermaier, Pöhls, Treitschke, Bender, Endemann, C. F. Koch, Ladenburg u. A. m. Vgl. übrigens auch v. Hahn § 13 zu A. 301 u. Goldschmidt in seiner Zeitschr. I p. 611.

[5]) Vgl. z. B. schon Bellmann th. 50: „Quae jam dicta sunt, non ita acurate a mercatoribus observantur." Stenger, c. 5: „quod inter eos (mercatores) et maxime frequentetur et jure quodam singulari gaudeat."

[6]) v. Salpius a. a. O., Mittermaier Not. 20 u. 21, Einert, W.R. p. 488. Vgl. besonders Sächs. Mdt. 1699, Schles. W.O. 1738 (Günther p. 337). Frankfurt. W.O. v. 1739: Wechselrecht der für Wechsel an Zahlung gegebenen Anweisungen, von der Praxis auf alle im Handel vorkommenden Anweisungen ausgedehnt. (Ladenburg p. 81.) Württemberg. W.O. von 1759 (Günther p. 337 ff.), Oberlausitzer W.O. v. 1776 § 1 (Günther p. 335). Vgl. auch R.O.H.G. XIII p. 314.

[7]) Z. B. Hamburger Mandat v. 22. Februar 1619 u. 27. Oktober 1648; über die Ausnahmen, besonders die checkähnlichen Kassaanweisungen auf Geldwechsler (auf gedruckten Formularen) vgl. Pöhls, W.R. p. 50. Vgl. überhaupt noch Zipffel p. 256 ff., Stryk p. 54 ff.

[7a]) Gelpcke p. 77, 79, Unger p. 84 Not. 28.

Zahlungsmittel ausgeben zu können. Für alle diese Zwecke bot sich in der relativ laxeren kaufmännischen Anweisung das geeignete Mittel.[8]) Zuweilen führt sie den Namen Handelszettel oder Handelsbillet.[8a]) — Dabei herrschte freilich keinerlei Uebereinstimmung.

Schon der **Begriff** der kaufmännischen Anweisung wurde von den Gesetzgebungen und der Jurisprudenz sehr verschieden bestimmt. Bald wurde die Kaufmannseigenschaft aller betheiligten Personen oder doch des Assignanten,[9]) bald der handelsgeschäftliche Karakter des der Ausstellung zu Grunde liegenden Geschäfts gefordert;[10]) mitunter wurden beide Erfordernisse kumulirt;[11]) sehr häufig war aber ohne Rücksicht auf die Eigenschaften der betheiligten Personen und ohne Rücksicht auf die Veranlassung der Ausstellung das Kriterium in die Form gelegt und Schriftlichkeit[12]) und besonders Ordrestellung als alleiniges Erforderniss der kaufmännischen Anweisung bezeichnet;[13]) seltener wurde daneben oder anstatt der Ordrestellung die Selbstbezeichnung als Anweisung (Anweisungsklausel) für nothwendig erklärt.

Noch weiter gingen die Ansichten über die Differenzen zwischen den **Wirkungen** der kaufmännischen und der gewöhnlichen Anweisung auseinander. Manche rechneten dahin die Gültigkeit des Zahlungsversprechens des Assignaten[14]) und die Unwiderruflichkeit der acceptirten Anweisung,[15]) während

---

[8]) Vgl. Stenger c. 9, Günther p. 333, Mittermaier Not. 22, Württemb. Motive p. 647, Ladenburg p. 78 u. 79 (vgl. aber auch p. 50). Munzinger p. 393. Georgi, Poppe u. Einert auf der Leipz. Wechselkonferenz (Thöl, Prot. p. 237), Gensel p. 8 ff., Bad. H.R. 190.

[8a]) Bad. H.R. 190 ff. Das Wort bedeutet übrigens auch den kaufmännischen Verpflichtungsschein; vgl. Bender § 390, Thöl, W.R. § 158 Not. 6 u. die dort Citirten.

[9]) Bad. H.R. 190 „unter Handelsleuten", vgl. aber auch 193 „oder auch für Zahlungen an Handelsleute oder von Handelsleuten." (Vgl. Not. 83.) Vgl. auch Kletke, Encykl. des W.R. p. 374, aber auch Unger a. a. O.

[10]) Bad. H.R. 190 „oder wegen Handelsgeschäften angestellt."

[11]) Preuss. A. L.R. § 1251: Alle Assignationen, welche ein Kaufmann in Handelsgeschäften ausgestellt hat. Sächs. Mandat 1829: Die im Handel und beim Geschäftsbetrieb der Fabrikanten gebräuchlichen. (Günther p. 335.) Mittermaier bei Not. 30: unter wahren Kaufleuten wegen kaufmännischer Geschäfte. Bender, W.R. II § 386; vgl. dagegen de lege ferenda Ladenburg p. 68 u. in Siebenhaars A. p. 10.

[12]) Pöhls, W.R. § 212. Schriftlichkeit ist anscheinend ausreichend in Holland.

[13]) Württemb. Entw. 758 und dazu Motive p. 647. Brinckmann Not. 9. Unger a. a. O., Bluntschli-Dahn a. a. O. Z. 2 u. 7. Dafür de lege ferenda Ladenburg (vgl. Not. 11). Munzinger p. 397. Ueber das ausländische und deutsche Partikularrecht vgl. unten bei Not. 82 ff. Vgl. auch oben § 451 Not. 39 u. unten Not. 26 ff.

[14]) Stenger c. 41 „idque inter mercatores hac ratione servari patet ex Parere Mercatorum Lipsiens. a. 1697 u. 1711", Thöl § 329 zwischen Not. 6 u. 7. Erk. d. Ob.Trib. Stuttg. v. 11. Juni 1872 bei Gruchot p. 482. Vgl. auch v. Plucinski p. 329 u. 357. Ueber die schwankende badische Praxis bezüglich der Klage gegen den Acceptanten von Handelszetteln vgl. Ladenburg p. 81. Vgl. noch Unger p. 79 ff.

[15]) Holzschuher p. 676, Bender II. Abth. 2 p. 29, 30, 33, Pöhls II p. 35, 46, Unger a. a. O. Preuss. L.R. § 1293. Den Widerruf gestattet das Bad. H.R. wenigstens bez. der auf benannte Personen gestellten Handelszettel; vgl. Ladenburg p. 79. Vgl. übrigens auch Pardessus 465.

doch Beides auch für die civilrechtliche Anweisung gilt.[16]) Andere konstituirten im Gegensatz zum Civilrecht allgemein oder doch für gewisse Fälle eine Verpflichtung des Assignatars zur Annahme kaufmännischer Anweisungen an Zahlungsstatt,[17]) sowie eine Verbindlichkeit des Assignaten, die auf seine Schuld mandirten kaufmännischen Anweisungen auch ohne Accept zu honoriren.[18]) Beide Verpflichtungen sind aber auch für die kaufmännische Anweisung nicht zuzugestehen. Ein weiterer Unterschied sollte darin liegen, dass für die Einkassirung der kaufmännischen Anweisung eine Zeit bestimmt sei;[19]) eine solche Bestimmung ist aber für beide Arten gleich empfehlenswerth und für die gewöhnliche Anweisung auch thatsächlich hie und da erlassen,[20]) während sie andererseits nur zu oft auch bezüglich der kaufmännischen Anweisung vermisst wird.[21]) Noch weniger liegt in dem angeblichen Erforderniss eines Protestes mangels Zahlung resp. in dem Regressverluste wegen Versäumung desselben ein durchgreifender Unterschied;[22]) auch die kaufmännische Anweisung war keineswegs überall protestationspflichtig.[23]) Dass die Anweisung bei dem Tode des Anweisenden nicht erlischt, ist zwar für die kaufmännische Anweisung fast allseitig zugestanden,[24]) und für die gewöhnliche Anweisung nach gemeinem Recht richtiger zu verneinen. Immerhin haben jedoch Partikularrechte, wie das

---

[16]) Vgl. oben § 451 Not. 50, Ladenburg p. 77.

[17]) Mittermaier Not. 25 u. die dort citirten Wechselordnungen; dagegen Stenger c. 8, Württemb. Motive p. 647, Pöhls § 213. Vgl. auch Seuffert Arch. II Nr. 16.

[18]) Günther p. 334; dagegen Thöl § 325 Not. 7. Vgl. oben § 451 Not. 60 ff. und auch Ladenburg p. 75. Liebe, Motive zu § 90.

[19]) Mittermaier Not. 27, Leipz. W.O. VI 14, Schles. u. Württemb. W.O. (Günther p. 337), Braunschweig'sche W.O. 1715 (Zeitschr. f. H.R. XI p. 280). Preuss. A. L.R. II 8 § 1289; Bad. H.R. 197 u. 200 (Ladenburg p. 80); Württemb. Entw. 762 u. 782 (1 Monat, 3 Monate, 10 Tage). Aeltere Bestimmungen und Usancen bei Raumburger p. 637 ff. u. Stryk § 38 ff.

[20]) Vgl. z. B. im Preuss. L.R. § 277 I, 16, Württemb. Entw. 360 d resp. 359 u. oben § 451 Not. 73.

[21]) Pöhls p. 35 „doch lassen sich bestimmte Fristen nicht angeben“.

[22]) Mittermaier Not. 28 u. 29, aber auch Not. 22. Vgl. auch Ladenburg p. 51, 73, 76 u. 78, Preuss. L.R. II 8 § 1280, Württemb. Entw. 767. Bender § 387 Not. b ff.

[23]) Kein Protest nach Bad. H.R. 190 (Ladenburg p. 79). Die Schles. W.O. schrieb die Protestpflicht nur bezüglich der fremden indossirten Anweisungen, die Württemb. W.O. nur für den Fall der Abwesenheit des Assignatars vor. (Günther p. 337 ff.) Nach dem Württemb. Entw. 767 cessirt die Protestpflicht nicht nur bei Protestverbot, sondern auch überhaupt dem Aussteller gegenüber, wenn der Angewiesene seine Weigerung auf die Anweisung setzt und unterzeichnet. Vgl. auch Thöl § 331 a. E., v. Hahn II p. 138 Not. 7, Brinckmann Not. 29 u. 38, Mittermaier Not. 22. Gottschalk, selecta disceptationum forensium capita, 1828, II c. 18 „Protestatio in cambiis usitata an et quatenus ex sententia juris Saxonici adversus assignationes mercatorum interponenda sit?“ p. 222—242 (ältere Literatur p. 224 Not. c.), auch Raumburger p. 549 u. 637, sowie Kosegarten im (alten) A. f. H.R. II p. 377 ff., 389, Bender a. a. O. Not. k ff.

[24]) Günther p. 334: „Nach einer allgemeinen, durch ganz Deutschland ange-

preussische, auch für die gewöhnliche Anweisung die gleiche Rechtsfolge,[25]) so dass ein ausnahmsloser Unterschied auch hierin nicht gefunden werden kann. Endlich können auch, so lebhaft es behauptet wird,[26]) weder die Indossabilität,[27]) noch der Regress aus der Anweisung[28]) als allgemein anerkannte Wirkungen der kaufmännischen Anweisung gelten.

2. Bei Berathung der deutschen Wechselordnung wurde nach fruchtlosen Bemühungen, einheitliche Bestimmungen über die Anweisungen zu vereinbaren, die Frage, ob die Bestimmungen über die Zulässigkeit und Bedeutung der Anweisungen der besonderen Gesetzgebung jedes Landes überlassen werden solle, mit überwiegender Mehrheit bejaht.[29]) Demgemäss erliessen kurz nach Publikation der A. D. W.O. das K. Sachsen, Bayern, Weimar, Reuss j. L. u. ä. L., sowie Frankfurt a. M. wesentlich übereinstimmende Normen, die kaufmännischen Anweisungen betreffend;[30]) dagegen hob Preussen den ganzen von der kaufmännischen Anweisung handelnden Abschnitt des Landrechts auf und unterwarf demnach auch die Anweisungen der Kaufleute dem Recht der gewöhnlichen Anweisungen, indem es ein Bedürfniss für Beibehaltung besonderer kaufmännischer und doch vom Wechsel noch abweichender Anweisungen nicht anzuerkennen

---

nommenen Praxis." Mittermaier Not. 23, Holzschuher p. 675, Gruchot p. 541, Liebe a. a. O. A. M. Thöl § 325 Not. 7.

[25]) Vgl. § 451 Not. 87.

[26]) Mittermaier Not. 26; Pöhls p. 44, Ladenburg p. 56.

[27]) Vgl. oben Not. 13. Nach Preuss. L.R. § 1299 war die kaufmännische Anweisung allerdings sogar ohne Ordrestellung indossabel. Gelpcke p. 86. Die badischen Handelszettel auf Umlauf sind zwar dem Buchstaben nach indossabel; das sog. Indossament gilt aber nach A. 194 u. 196 nur als Afterbevollmächtigung und ermangelt ebenso des Transports, wie der Garantiefunktion. Ladenburg p. 79 ff.; daneben gibt es überdies auch noch sog. Zettel auf Erhebung, welche der Indossabilität ganz entbehren. A. 191. — Bender § 387 Not. o u. p. (Giroverbot in der Frankf. W.O. § 41).

[28]) Für den Regress: Ladenburg p. 51 ff. und in Siebenhaar p. 10 u. 12, Liebe a. a. O., Mittermaier Not. 32, Brinckmann Not. 9 u. 24 (doch gegen den Sprungregress), Munzinger p. 345, Heise p. 49, Pöhls p. 213, Bluntschli p. 520 a. E., Pardessus 476; bedingt Endemann Not. 13. Gegen den Regress Günther p. 334, Dernburg § 53 Not. 1, Goldschmidt, Lucca Pistoja p. 103 u. Nachtrag p. 43, Busch I p. 403, XXIX p. 335, R.O.H.G. XIII 313 ff., kein Regress unter den Indossanten nach Bad. H.R. 196. (Ladenburg p. 81.) In Preussen liess man Regress zwar gegen den Aussteller und den unmittelbaren Vormann, nicht aber auch gegen die Zwischenindossanten zu. Gelpcke p. 86 ff. Seuffert, Arch. III Nr. 322, Württemb. Entw. 770. Vgl. noch Unger p. 82 Not. 22 u. oben § 451 Not. 76.

[29]) Gensel p. 1—12, Thöl, Protok. p. 13, 16 ff. u. 234 ff., Ladenburg p. 78.

[30]) Gensel p. 13, Thöl, Protok. a. a. O. Ladenburg p. 18, p. 81 ff., Gengler p. 463 ff., Hulshoff p. 68, 187 ff., der indess die kaufmännische Anweisung mit dem Check irrthümlich identifizirt. a) K. Sächs. Ges. v. 7. Juni 1849; über die Modifikation durch § 17 Einf.Ges. zum H.G.B. bez. der Vindikation vgl. Schmidt p. 239. b) K. Bayr. Ges. v. 29. Juni 1851 vgl. dazu Bluntschli's Erklär. in Dollmanns Ges. des K. Bayern I Hft. 1. c) Weimar. Ges. v. 13. Juli 1849, Gengler p. 464 Not. 10. d) Reuss j. L., Ges. v. 30. Juli 1852. e) Reuss ä. L., Ges. v. 3. August 1854. f) Frankfurt a. M., Einf.Ges. zur A. D. W.O. v. 27. März 1849 § 12 (sämmtlich abgedruckt in Kletke's Encykl. I p. 375—379).

vermochte.[31]) In Baden blieben die Bestimmungen über Handelszettel zunächst noch in Kraft, nur dass die Protestationsfrist in Gemässheit der wechselrechtlichen Verjährungsfristen bestimmt wurde.[32])

Der Preussische[33]) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs that der Anweisung keine Erwähnung. Dagegen wurde auf der Nürnberger Konferenz schon in der ersten Lesung die Aufnahme der (von Kaufleuten über einseitige Leistungen an Ordre ausgestellten) Anweisungen unter die indossablen Papiere beschlossen;[34]) in der zweiten Lesung wurde auf Antrag des Referenten die Verbindlichkeit des Anweisungsaccepts, insoweit es von Kaufleuten ertheilt wird, hinzugefügt.[35]) in letzter Lesung aber die Frage nach den Indossamentswirkungen anderer als der im H.G.B. bezeichneten, an Ordre lautenden Anweisungen der Beurtheilung der Landesgesetze ausdrücklich vorbehalten.[36]) Ein noch in erster Lesung eingebrachter Antrag, die Rechtsverhältnisse der kaufmännischen Anweisungen eingehender und zwar unter prinzipieller Gleichstellung mit den Tratten (im wesentlichen Anschluss an das Königl. Sächs. Gesetz vom 7. Januar 1849) zu regeln, wurde zum gutachtlichen Bericht an die zur Erledigung verschiedener Wechselrechtsfragen niedergesetzte Kommission verwiesen, die indess, mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der lokalen Bedürfnisse, es lediglich bei den bez. der Indossabilität und des Accepts im H.G.B. getroffenen Bestimmungen zu belassen rieth; die Konferenz trat dieser Auffassung der Kommission bei in der Voraussetzung, dass jene Bestimmungen eine genügende Grundlage zur Ausbildung eines gemeinsamen Rechts über die kaufmännische Anweisung enthalten.[37])

3. Der Rechtszustand ist sonach in Deutschland ein sehr zerrissener. Es sind die reichshandelsrechtlichen und die partikularhandelsrechtlichen Anweisungen zu unterscheiden. Der Name kaufmännische Anweisung wird zwar auch für die

---

[31]) Ladenburg p. 78. Gelpcke p. 80, 89 u. Hft. 3 p. 54. Preuss. Einf.Ges. v. 15. Febr. 1850. — Ueber Braunschweig vgl. R.O.H.G. XIII p. 315.

[32]) A. a. O. p. 80. Zentner in Siebenhaars A. I p. 216 ff. Für die Gültigkeit des Bad. H.R. 190—205 (vor 1879), vgl. auch Thöl § 158 Not. 6. Handelszettel auf Inhaber durften nach Ges. v. 5. Juni 1860 nicht mehr ausgegeben werden. Kah, Das Bad. H.R. 1872 p. 2 Note. Vgl. unten nach Not. 81.

[33]) Der Württemb. Entw. enthält in A. 750—774 über die (an Ordre gestellte) Anweisung, in A. 781—785 über die Inhaberanweisung ausführliche Bestimmungen, denen hauptsächlich das Wetb. v. K.H. zu Grunde gelegt ist; Motive p. 647 u. 662 ff.; von der gewöhnlichen Anweisung ist in A. 360 c. gehandelt, Motive p. 332.

[34]) Der Preuss. Entw. 229 hatte nur Konnossemente, Ladescheine und die öffentlichen, auf Namen lautenden Kreditpapiere für indossabel erklärt. Im ersten Entw. A. 255 traten die im Text erwähnten Anweisungen und Verpflichtungsscheine hinzu. Prot. p. 433 ff., p. 554, Gensel p. 14, Hoffmann in Siebenhaars Arch. I p. 175.

[35]) In zweiter Lesung A. 254a (283), Prot. p. 1325 ff. u. 1414 ff. (159. u. 169. Sitzung) Gensel a. a. O. Vgl. auch Goldschmidt in s. Zeitschr. III Beilageheft p. 87.

[36]) In dritter Lesung A. 286, Prot. 4563—4571, 5067 ff. (556., 557., 581. Sitzung) Gensel p. 15.

[37]) Gensel p. 15—18, Prot. p. 869 ff. (97. Sitzung v. 30. Juni 1857), p. 1470 (Kommissionsbericht 2. Sitzung der Kommission v. 2. März 1858). Zeitschr. f. H.R. I p. 553.

erstere[38]) Gattung oder doch für eine Spezies derselben (für die **von** Kaufleuten ausgestellten[39]) Anweisungen) gebraucht; es scheint jedoch mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Gesetze[40]) und zur Vermeidung von Missverständnissen korrekter, nur die partikularhandelsrechtliche Anweisung als kaufmännische Anweisung zu bezeichnen.[41])

4. Die **reichshandelsrechtlichen** Anweisungen zerfallen in 2 Hauptkategorien:[42]) die **auf** einen Kaufmann (A. 300) und die **von** einem Kaufmann (A. 301) ausgestellten Anweisungen.

A. Die **auf** einen Kaufmann ausgestellten Anweisungen können von einem Kaufmann oder einem Nichtkaufmann zu Gunsten eines Kaufmanns oder Nichtkaufmanns mündlich oder schriftlich ertheilt sein.[43]) Ihre Ausstellung braucht kein Handelsgeschäft zu sein.[44]) Sie sind an sich, also soweit nicht etwa gleichzeitig auch die Voraussetzungen der zweiten Kategorie vorliegen, reichsgesetzlich nicht indossabel, selbst wenn sie, was nicht erfordert, aber statthaft ist, an Ordre lauten.[45]) Auch die Stellung an eigene Ordre ist zulässig.[46]) Die beauftragte Leistung darf von einer Gegenleistung abhängig gemacht sein.[47])

Die Anweisung auf einen Kaufmann ist, wie im Zweifel jede Anweisung, acceptabel. Das Accept kann in Bezug auf die mündliche, wie auf die schriftliche Anweisung, sei es mündlich, sei es schriftlich erklärt werden.[48]) Auch eine Theil-

---

38) Thöl § 325 nach Not. 4, Endemann Not. 1, Gareis p. 487.

39) v. Hahn, Komm. § 13 zu Art. 301.

40) Das H.G.B. kennt den Ausdruck nicht; ein Antrag zu Gunsten der Bezeichnung als kaufmännische Verpflichtungsscheine und Anweisungen wurde abgelehnt. Vgl. Prot. p. 1329, übrigens auch p. 413 u. 514. Die Partikulargesetze Bayerns, Sachsens u. s. w. sprechen dagegen ausdrücklich von kaufmännischer Anweisung.

41) v. Hahn, Komm. § 13 zu Art. 301. Etwas zu weit gehend Hoffmann in Siebenhaars Arch. I p. 181: Die Anweisungen des H.G.B. unterscheiden sich sehr wesentlich von der sog. kaufmännischen Anweisung; bei letzterer trete das Accept ganz in den Hintergrund, bei ersteren liege in ihm der ganze Schwerpunkt.

42) Thöl § 325 Not. 4 nimmt 3 Arten an: Anweisungen von einem Kaufmann, Anweisungen auf einen Kaufmann und Anweisungen, die von einem Kaufmann auf einen Kaufmann ausgestellt sind. Aehnlich Gareis a. a. O.

43) A. M. (stets schriftlich) Gareis a. a. O.; vgl. aber Endemann Not. 3, v. Hahn § 3 zu A. 300, R.O.H.G. III p. 13, R.G. 1882 bei Puchelt Not. 5 zu Art. 300.

44) R.O.H.G. IX p. 114, v. Hahn Not. 3 a. a. O. Dagegen muss die Annahme im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgen, doch greift auch hier die gesetzliche Präsumtion des A. 274 Platz. Anschütz u. v. Völderndorff p. 112, v. Hahn II p. 67 ff. § 14 u. p. 124 Not. 1; vgl. aber auch unten Not. 49.

45) Anschütz u. v. Völderndorff a. a. O.

46) Keyssner Not. 7 und die dort Citirten. Auch die Identität von Assignant und Assignat ist nicht ausgeschlossen.

47) v. Hahn bei Not. 4.

48) Anschütz u. v. Völderndorff III p. 111; R.O.H.G. III p. 13, R.G. 1882 vom 1. März bei Puchelt Not. 5. Bluntschli-Dahn a. a. O. Not. 2. Zeitschr. f. H.R. XV p. 570. — Ueber die Abgabe der Annahmeerklärung einem Bevollmächtigten des Assignatars gegenüber vgl. Zeitschr. f. H.R. XI p. 96 ff. (Ladenburg).

zahlung kann als Acceptation der ganzen Anweisung erscheinen.[48a]) Das Accept ist auch ohne Angabe einer causa gültig.[49]) Es verpflichtet den Acceptanten selbständig und unwiderruflich zur Erfüllung, sofern es dem Assignatar gegenüber erklärt ist.[50]) In einem blossen Bucheintrag zu Gunsten des Assignatars ohne Benachrichtigung des Letzteren liegt eine dem Assignatar gegenüber erfolgte Annahme ebensowenig,[50a]) als in der Forderung der Summe vom Assignanten. Das Accept gilt als dem Assignatar gegenüber erklärt, wenn die Annahmeerklärung auf die schriftliche Anweisung selbst geschrieben und mit der Unterschrift des Acceptanten versehen ist. Eine Annahmeerklärung kann aber und wird oft nach Handelsgebrauch (Art. 279) auch in der blossen Unterschrift zu finden sein.[51]) Jene Vermuthung, dass das schriftliche Accept auf der schriftlichen Anweisung dem Assignatar gegenüber ertheilt sei, cessirt, wenn aus dem Inhalt der Urkunde das Gegentheil erhellt; sie cessirt auch dann, wenn bei Vornahme der Acceptation dem Assignatar gegenüber erklärt worden, dass sie nicht ihm gegenüber vorgenommen sei, dass beispielsweise der Acceptant ihn nur als Mandatar oder negotiorum gestor des Assignanten betrachte.[51a]) Dem Acceptanten stehen gegen den Assignatar nur die Einwendungen zu, die aus der Anweisungsurkunde oder aus dem persönlichen Verhältniss zwischen Assignatar und Acceptanten hervorgehen.[52])

Der Tod hebt die nicht acceptirte Anweisung eines Nichtkaufmanns auf einen Kaufmann im Zweifel auf.[52a])

B. Die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes[53]) ausgestellte Anweisung (A. 301). Die aufgetragene Leistung muss stets auf Geld oder eine Quantität fungibler Sachen oder nicht auf den Namen lautender Werthpapiere gehen[54]) und darf, wenn sie auch nicht unbedingt zu sein braucht,[55]) doch von einer Gegenleistung nicht abhängig gemacht sein.

[48a]) Creizenach a. a. O. p. 327.

[49]) Vgl. oben § 451 Not. 54 u. II § 251 Not. 7 ff. (Regelsberger). Zeitschr. f. H.R. XV p. 570 ff. Die Annahme durch den Nichtkaufmann erklären für verbindlich die Einf.Ges. von Bremen, Hamburg und Hannover. Vgl. v. Hahn Not. 2. Vgl. auch unten Not. 76.

[50]) R.O.H.G. VII p. 204 ff., XXII p. 137 ff., Puchelt Not. 5. Auch im Konkurse des Assignanten Keyssner Not. 4.

[50a]) R.O.H.G. III p. 15, v. Hahn Not. 5, Puchelt Not. 7, Keyssner Not. 7.

[51]) Vgl. oben § 451 Not. 49 u. v. Hahn § 5, Puchelt Not. 6, Anschütz u. v. Völderndorff Not. 8, Keyssner Not. 6.

[51a]) v. Hahn § 6 u. § 4, Anschütz u. v. Völderndorff p. 113, Keyssner Not. 5, R.O.H.G. VII p. 209. Vgl. auch noch Hauser in Zeitschr. f. H.R. XII p. 110.

[52]) R.O.H.G. XXII p. 139 ff., Puchelt Not. 8. — R. Koch in Zeitschr. f. H.R. X p. 439.

[52a]) § 451 Not. 87 u. oben bei Not. 24.

[53]) v. Hahn § 1 zu Art. 301, Keyssner Not. 4 zu Art. 303: Der Einwand, dass sie nicht im Betriebe des Handelsgewerbes ausgestellt, ist nur auf Grund der Urkunde selbst zulässig (A. 274).

[54]) v. Hahn § 2, Puchelt Not. 4 zu Art. 301.

[55]) R.O.H.G. XXIV p. 237, Puchelt Not. 5. Vgl. auch Kowalzig Not. 43. Ueber die inkorrekte Fassung des Gesetzes „Verpflichtung zur Leistung“ vgl. v. Hahn § 4.

Der Assignat, sowie der Assignatar kann ein Kaufmann oder ein Nichtkaufmann sein.

Die Anweisung bedarf, falls sie schriftlich[56]) ertheilt ist, keiner Angabe des Valutenbekenntnisses oder Verpflichtungsgrundes; andererseits ist eine solche Angabe statthaft. Ob die in der Urkunde enthaltene bezügliche Angabe richtig oder unrichtig, steht der Geltendmachung der Rechte aus der Anweisung an sich nicht entgegen und berechtigt nur unter den direkt Betheiligten zu einem Einwand.[57])

Assignant und Assignat können identisch sein;[58]) ebenso Assignant und Assignatar.[59]) Eine Identität aller drei Personen ist, spätere Begebung vorausgesetzt, nicht ausgeschlossen.[60])

Es sind zwei Arten der von einem Kaufmann ausgestellten Anweisung zu unterscheiden:

a. Die **indossable** Anweisung. Sie setzt Schriftlichkeit[61]) und, im Gegensatz zum Wechsel, ausdrückliche Stellung an Ordre voraus; die Worte „an Ordre" sind jedoch nicht sakralen Karakters; es genügen vielmehr auch gleichbedeutende Ausdrücke, wie: auf Verfügung, an N. N. oder den sonstigen getreuen Inhaber, an N. N. oder den Inhaber.[62]) Die Form des Indossaments ist die wechselrechtliche; es bedarf der Valutaklausel nicht und kann ganz in blanco ertheilt sein. Das eigentliche[63]) Indossament überträgt alle Rechte aus dem etwaigen Accept der Anweisung auf den Indossatar; der Acceptant kann sich gegen Letzteren nur derjenigen Einreden bedienen, die ihm unmittelbar gegen den klagenden Indossatar oder nach Maassgabe der Urkunde zustehen (A. 303). Der Indossatar hat das Recht, weiter zu giriren, selbst wenn er die Anweisung mittelst eines Rektaindossaments erworben hat.[64]) Der Inhaber der indossirten

---

56) Vgl. unten Not. 61.

57) R.O.H.G. VII p. 204, VIII p. 431, XIX p. 277, Puchelt Not. 8, Keyssner Not. 3 ff. Nach Endemann Not. 14 bezieht sich die Bestimmung des Art. 301 Abs. 2 über Dispensation vom Valutenbekenntnisse nur auf die indossable Anweisung. Vgl. übrigens auch oben § 451 vor Not. 42. Vgl. auch R. Koch in Zeitschr. f. H.R. X p. 439.

58) R.O.H.G. XX p. 34, Puchelt Not. 9 a. E. Ein Beispiel bilden die im Ein- und Auszahlungsverkehr der Reichsbank üblichen trassirt-eigenen Anweisungen, vgl. Gareis p. 485 u. 487.

59) Für die Statthaftigkeit der Anweisung an eigene Ordre Anschütz u. v. Völderndorff p. 116 Not. 7, Puchelt Not. 9 u. Keyssner Not. 7; das Accept wirkt aber nicht zu Gunsten des Ausstellers. Vgl. unten Not. 71.

60) Gegen die Statthaftigkeit Puchelt Not. 2.

61) Puchelt Not. 2 u. Art. 303 Not. 7. Die nichtindossable Anweisung kann auch mündlich ertheilt werden; a. M. anscheinend Endemann Not. 11 unter Not. 79.

62) R.O.H.G. XIX p. 278, XXI p. 81 u. XXIII p. 293. „Auf Verfügung", vgl. Bad. H.R. 195.

63) Ueber das Prokuraindossament vgl. Keyssner Not. 2, auch Gelpcke p. 87 ff. — Cession ist statthaft. Anschütz u. v. Völderndorff p. 116 ff., Puchelt Not. 3 zu A. 303.

64) Anschütz u. v. Völderndorff p. 137, Puchelt Not. 6, v. Hahn § 6 zu A. 303, Keyssner Not. 1.

Anweisung ist zur Präsentation verpflichtet[64a]) und wird, ganz wie der Wechselinhaber, durch die zusammenhängende Girokette legitimirt,[65]) es sei denn, was nicht ungesetzlich erscheint, etwas anderes in der Urkunde selbst vorbedungen.[66]) Er ist zur Herausgabe der Anweisung nur dann verpflichtet, wenn er die Anweisung in bösem Glauben erworben hat, oder wenn ihm bei der Erwerbung eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.[66a]) — Das Indossament **entbehrt** reichsgesetzlich der **Garantiefunktion;** auch lässt sich ein allgemeines deutsches Handelsgewohnheitsrecht für die Regressverbindlichkeit der Indossanten oder des Ausstellers nicht behaupten.[67]) Insoweit daher nicht etwa ein Partikulargesetz oder eine partikuläre Usance einen Regress aus der Urkunde zuspricht, haftet ein jeder Indossant resp. der Aussteller nur seinem unmittelbaren Nachmann und auch diesem nur aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte, es sei denn, dass er bei der Begebung die Haftung für die Realisirung der Anweisung ausdrücklich oder stillschweigend übernommen hat.[68]) Auch dem Rückgriff aus dem unterliegenden Rechtsgeschäft kann entsagt sein; ein solcher Verzicht ist in der Indossamentsklausel „ohne Obligo" im Zweifel noch nicht zu finden.[69]) Zur Protesterhebung ist der Indossatar nicht verpflichtet, aber doch im Zweifel auf Kosten seines Vormanns für berechtigt zu erachten.[70])

Das Accept verpflichtet den Assignaten dem Assignatar und den Indossanten, aber, im Gegensatz zur Tratte, nicht auch dem Aussteller gegenüber, auch nicht dem Aussteller der Anweisung an eigene Ordre,[71]) auch nicht demjenigen Aussteller gegenüber, an den durch ein Indossament die Anweisung zurückgirirt

[64a]) Puchelt Not. 11 u. 12 zu A. 301 u. Not. 7 zu A. 303.

[65]) Art. 303 erklärt A. 36 D. W.O. ausdrücklich für anwendbar.

[66]) Dies geschieht z. B. in den Anweisungen der Reichsbank: „Es wird vorbedungen, dass . . . . die Reichsbank berechtigt, aber nicht verpflichtet sein soll, die Legitimation des Inhabers der Anweisung zu prüfen."

[66a]) H.G.B. 305 u. W.O. 74; vgl. aber auch das sächs. Einf.G. zum H.G.B. vom 30. Oktober 1861 § 17, Schmidt p. 239 u. Altenburg 1864 § 7.

[67]) Protok. p. 558—562 u. 564, R.O.H.G. XIII p. 316, Preuss. Ob.Trib. 1866 u. Oberst. österr. G. 1874 bei Keyssner Not. 3, Busch, Arch. XII p. 279 (K.G. Berlin), XIV p. 436 (St.G. Berlin), XXI p. 129 u. XXXIV p. 339 (Oberst. österr. G. 1869 u. 1873), XXXVIII p. 297 (Hamburg 1877) u. XLV p. 364 (Karlsruhe 1884). Zeitschr. f. H.R. XII p. 216 (O.A.G. Dresden). Seuffert V Nr. 280 (Jena, 1838), XXXVII Nr. 135 (Ob. österr. G. 1881), — Anschütz u. v. Völderndorff p. 139 u. 143 ff., Puchelt Not. 6, v. Hahn § 4 zu A. 303, Keyssner a. a. O. — A. M. Frz. Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. X p. 18 ff.; vgl. auch Ladenburg in Buschs Arch. X p. 48: nach Handelsgebrauch; in dem ganzen Gebiet, dessen Wechselverkehr durch Frankfurt vermittelt wird, herrsche die dortige Uebung. Vgl. unten N. 79 ff. u. noch oben Not. 28 u. § 451 Not. 76.

[68]) Endemann Not. 13. Vgl. auch oben § 451 N. 82.

[69]) v. Hahn Not. 8: quaestio facti.

[70]) Endemann Not. 13. Vgl. überhaupt Busch I p. 403 (H.G. Cöln 1862), Hoffmann in Siebenhaars Arch. I p. 181, Du Chesne ebendas. p. 363, sowie v. Hahn p. 138 Not. 7, der es als quaestio facti erklärt. Vgl. auch oben Not. 23.

[71]) A. M. Anschütz u. v. Völderndorff Not. 24, vgl. aber v. Hahn A. 301 § 6 besonders Not. 12. Vgl. noch Hauser a. a. O. u. R. Koch a. a. O.

worden.[72]) Jeder Assignant hat gegen den Acceptanten nur die Ansprüche aus der der Anweisung etwa zu Grunde liegenden Verpflichtung, nicht aus dem Accept.[73])

Das Accept kann mündlich und schriftlich, im letzteren Falle auf der Anweisung selbst oder in einer selbständigen Urkunde ertheilt werden.[74])

Der Acceptant braucht nur gegen Aushändigung der quittirten Anweisung zu zahlen. Bei Theilzahlungen kann er nur verlangen, dass die Zahlung auf der Anweisung abgeschrieben, und ihm Quittung auf einer Abschrift der Anweisung ertheilt werde.[75])

b. Die **Rektaanweisung** des Kaufmanns. Sie kann mündlich oder schriftlich ertheilt sein. Sie entbehrt der Indossabilität, ist aber auch ohne causa debendi und Valutabekenntniss gültig und acceptabel; das Accept verpflichtet auch den Nichtkaufmann, aber nur dem Assignatar gegenüber.[76])

Beide Arten der Anweisung sind amortisabel.[77])

5. Insoweit das H.G.B. über jene beiden Hauptkategorien reichshandelsrechtlicher Anweisungen (auf einen Kaufmann resp. eines Kaufmanns) keine Bestimmungen enthält, kommen in Ermangelung von Handelsgebräuchen[78]) die Landesgesetze zur Anwendung, und zwar zunächst die etwa erlassenen Spezialgesetze über die sog. kaufmännischen Anweisungen, soweit nicht etwa deren Begriff an weitere Erfordernisse geknüpft ist, eventuell die Normen über die gewöhnliche Anweisung. Wo, wie im Gebiete des gemeinen, des preussischen und jetzt auch des badischen Rechts keine solchen Spezialgesetze existiren, kommen sonach sofort die Bestimmungen über die gewöhnliche Anweisung zur Geltung.

6. **Partikularrechtlich** kaufmännische Anweisungen waren zur Zeit der Publikation des H.G.B. anerkannt in Baden, Bayern, Königr. Sachsen, Weimar,

---

[72]) Vgl. Puchelt Not. 13 Abs. 3 zu A. 301 u. R.O.H.G. I p. 60.

[73]) Anschütz u. v. Völderndorff p. 123.

[74]) Busch VII p. 222 ff., IX p. 12 (Lesse) X p. 349. Keine bindende Zusage enthält die auf die Frage, ob die Anweisung in Ordnung gehe, erfolgende Antwort: ist in Ordnung. Busch XX p. 349 ff. Stillschweigen keine Annahme. Busch XXI p. 125 ff. Vgl. überhaupt Puchelt Not. 13, aber auch Not. 2 („die Anweisung bedarf der Schriftlichkeit nur, wenn sie an Ordre gestellt ist, und hinsichtlich der Annahme").

[75]) v. Hahn Not. 9 zu A. 303.

[76]) Gegen die Verbindlichkeit des acceptirenden Nichtkaufmanns vgl. v. Hahn §§ 9 u. 13; dass aber nur die Indossabilität durch die Ordrestellung bedingt ist, vgl. R.O.H.G. VII p. 204, VIII p. 431, Puchelt Not. 7, Kowalzig Not. 43, Thöl § 329 Not. 4. Vgl. auch Ladenburg in Zeitschr. f. H.R. XI p. 97, R. Koch a. a. O.; vgl. oben Not. 49.

[77]) Art. 305 Abs. 2 spricht nicht von indossablen Anweisungen, sondern überhaupt von den in A. 301 bezeichneten Papieren. Das Verfahren folgt den §§ 823 ff., 837 ff. R.C.P.O.; vgl. Puchelt Not. 5 zu A. 305.

[78]) Für die Frage, ob ausser den von Kaufleuten über einseitige Leistungen von Fungibilien ausgestellten Anweisungen noch andere indossabel (mit materieller Wirkung des Indossaments) sind, entscheiden gemäss A. 304 noch vor dem Handelsgewohnheitsrecht die Landesgesetze.

Reuss ä. L. und j. L., Frankfurt a. M.[79]) Die fortdauernde Gültigkeit dieser Gesetze wurde noch ausdrücklich in einzelnen Einführungsgesetzen sanktionirt;[80]) nur die badischen Bestimmungen sind durch das H.G.B. theilweis modifizirt[81]) und nunmehr durch das badische Einführungsgesetz (v. 3. März 1879) zu den Reichsjustizgesetzen § 145 Z. 2 ganz aufgehoben worden. Nach Erlass des H.G.B. wurde ein Spezialgesetz über die kaufmännischen Anweisungen in Sachsen-Altenburg erlassen.[82])

Die Voraussetzungen und Wirkungen dieser partikularrechtlichen Anweisungen sind nicht ganz gleich.

Eine Anweisung gilt in Sachsen, Weimar, Reuss und Altenburg dann als eine kaufmännische, wenn sie die Essentialien der Tratte mit der Modifikation enthält, dass sie sich im Kontext der Urkunde anstatt als Wechsel selbst als Anweisung bezeichnet. In Bayern bedarf es ausser eben jenen Essentialien noch der Ordreklausel. In Frankfurt ist die Selbstbezeichnung nicht erforderlich, dagegen ausser den sonstigen Erfordernissen der Tratte entweder die Ordreklausel oder ein Accept; überdies gilt jede andere Anweisung als kaufmännische, wenn sie zur Wechseleinlösung dem Wechselinhaber an Zahlungsstatt, um an der Kasse eines Dritten den Betrag zu erheben, zugestellt wird. Die badischen Handelszettel endlich setzten entweder ein Handelsgeschäft als Veranlassung oder Ausstellung unter (an oder von) Handelsleuten voraus; Ordrestellung konnte, musste aber nicht eintreten. Nirgends ist die Angabe der causa debendi oder des Valutenbekenntnisses vorgeschrieben.[83])

Die Wirkungen der partikularrechtlichen kaufmännischen Anweisungen bestehen — von Baden abgesehen — darin, dass sie den Wechseln bezüglich Regress, Protest und überhaupt[84]) bis auf drei Abweichungen gleichgestellt sind. Diese drei Abweichungen sind:

a. Der Assignat braucht sich in Bayern, Sachsen, Weimar, Reuss und Altenburg auf die Präsentation zum Accept nicht zu erklären, daher ist Protest und Regress mangels Annahme unstatthaft. Eine Ausnahme besteht nur im

---

[79]) Vgl. oben Not. 30. Die fortdauernde Gültigkeit des § 12 des Frankf. Einf.Ges. zur D. W.O. ist von dem Frankfurter Stadtgericht (17. Jan. 1879) u. App.Ger. (16. Sept. 1872) anerkannt; unentschieden war die Frage gelassen im U. des Stadtger. v. 2. Nov. 1874. Vgl. Rundschau der jurist. Gesellsch. 1872 p. 272, 1875 p. 303 u. 1879 p. 188. Nach gütiger Auskunft des R.A. Dr. Riesser in Frankfurt a. M.

[80]) Bayr. Einf.G. A. 47, Reuss ä. L. Art. 23, Reuss j. L. § 23, Weimar § 23. Ueber das K. Sächs. Einf.G. § 17 vgl. oben Not. 30 u. 66 a.

[81]) Kah p. 4 Not. 1. Vgl. auch BundesGes. v. 5. Juni 1869. Gegen die Badischen Bestimmungen Ladenburg u. Pöhls, W.R. p. 53.

[82]) Ges. v. 30. März 1864 (abgedruckt in Zeitschr. f. H.R. VII p. 582 u. 583). v. Hahn Not. 23 zu A. 301. Das Einf.Ges. zum H.G.B. datirt v. 21. Novbr. 1863; es trat in Kraft am 1. Mai 1864 (Thöl § 19 p. 77).

[83]) Nur bezüglich der badischen Handelszettel auf Inhaber schrieb Satz 192 Abs. 4 die Angabe der Rechtsursache der Zahlungsschuldigkeit vor; Handelszettel auf den Inhaber im Sinne dieser Sätze durften aber schon nach § 1 Ges. v. 5. Juni 1860 nicht mehr ausgegeben werden. Kah p. 2 Note.

[84]) Auch Intervention ist statthaft. Vgl. auch schon Sächs. Mandat von 1829. Ladenburg p. 81 ff.

Königr. Sachsen und in Altenburg für die Anweisung unter 50 Thalern, sofern sie in weniger als drei Monaten zahlbar ist Dieselbe gilt auch in dieser Beziehung als Tratte, unterliegt daher dem Protest und Regress mangels Annahme. In Frankfurt ist Beides anscheinend gleichfalls statthaft.

b. Usanceanweisungen sind im Königr. Sachsen und in Altenburg statthaft; sie verfallen am 14. Tage nach ihrer Präsentation zur Sicht.

c. Im K. Sachsen und in Altenburg soll die Verbindlichkeit zur Herausgabe kaufmännischer Anweisungen, wenn sie mittelst Blankoindossaments weiter begeben oder im Ausland giltiger Weise auf den Inhaber gestellt sind, nicht nach Art. 74 der W.O., sondern nach Art. 306 und 307 des H.G.B. beurtheilt werden.[84a])

Dass der Personalarrest in Bayern allgemein ausgeschlossen und in Weimar nur bezüglich des Acceptanten zugelassen, bildet nach heutigem Recht keinen Unterschied mehr.

Ganz anders waren die Wirkungen der **badischen** Handelszettel. Sie sollten weder der Förmlichkeit, noch der Strenge der Wechsel unterworfen sein. Protest mangels Zahlung war nicht erfordert, das Personalaccept ausgeschlossen. Das Indossament galt für Afterbevollmächtigung; es entbehrte ebensowohl der Garantie-, als auch, insoweit nicht die Voraussetzungen des A. 301 des H.G.B. vorlagen, der Transportfunktion. Der Widerruf war anscheinend auch noch nach dem Accept zugelassen, es sei denn, dass sie ausdrücklich an Zahlungsstatt gegeben und genommen waren. Handelszettel ohne bestimmte Zahlungszeit war der Assignatar binnen einem Jahre, Zettel mit bestimmter Zahlungszeit binnen 3, 6 oder 18 Monaten zur Zahlung zu präsentiren und bei Nichtzahlung dem Aussteller zurückzusenden verpflichtet; eventuell sollte seltsamer Weise der Assignatar Eigenthümer der assignirten Forderung und Schuldner des Ausstellers werden. Ob ausserhalb der Voraussetzungen der A. 300 und 301 des H.G.B. eine Klage aus dem Accept stattfindet, war umstritten, doch wohl zu bejahen.[85])

7. Was die ausländische Handelsgesetzgebung anbetrifft, so enthalten von europäischen Staaten wohl nur[86]) die Handelsgesetzbücher von Holland, Ungarn und Spanien, denen das schweizerische Obligationenrecht angereiht werden dürfte, Spezialbestimmungen über die handelsrechtliche Anweisung.

a. Die **holländische** Assignatie erfordert nur Schriftlichkeit, Datirung, Unterschrift des Ausstellers, Angabe der Geldsumme, des Assignatars und des Assignaten, dagegen weder Selbstbezeichnung, noch distantia loci, noch Ordre- oder Valutaklausel; Letztere ist sogar nur bei Platzanweisungen statthaft, während sie die Distanzanweisung in eine Tratte verwandeln würde. Es sind Ordre- und Rektaanweisungen zu unterscheiden; jene nur ist des wechselrecht-

[84a]) Vgl. oben Not. 66a.

[85]) Vgl. überhaupt Ladenburg p. 79—81.

[86]) Die französische Jurisprudenz kennt lettres de change imparfaites ou mandats. Vgl. oben § 451 Not. 5, Pardessus 464 ff. — Portugal hat nur die Anweisung auf den Banquier (Check) geregelt. Dass die Anweisung nach englischem und französischem Recht vom Wechsel nicht zu unterscheiden und daher durchaus nach Wechselrecht zu beurtheilen sei, lehrt Pöhls, W.R. p. 41. Vgl. bez. Englands unten § 454 Not. 10 ff.

lichen Indossaments fähig; nur bei jener besteht eine Notifikationspflicht auch dem ursprünglichen Aussteller gegenüber. Die Präsentation soll erfolgen bei Anweisungen ohne bestimmte Verfallzeit binnen 1 resp. (bei Ortsverschiedenheit) 3 Monaten zur Zahlung, bei befristeten Sichtanweisungen binnen derselben Zeit zum Sichtvermerk, bei Anweisungen mit bestimmter Verfallzeit wie bei dem Wechsel, also am Verfalltag. Der Protest mangels Zahlung — auch der Protest mangels Visirung gilt als solcher, — ist binnen 5 Tagen zu notifiziren. Säumniss hat, falls die Anweisung gegen Werthzahlung erworben worden, Verlust des Rückgriffs gegen den unmittelbaren Vormann zur Folge; hatte der Inhaber den Werth nicht bezahlt, so ist er bei Säumniss seinem Vordermann zur Zahlung des Anweisungsbetrages verpflichtet; in beiden Fällen hat der Inhaber aber auch einen Anspruch gegen den Aussteller, auf Cession der der Anweisung praesumtiv zu Grunde liegenden Forderung gegen den Assignaten bis zum Belauf der Anweisung, eventuell, falls eine solche Forderung nicht bestanden, auf Schadloshaltung. Ein Regress aus dem Papiere selbst besteht gegen die Giranten nicht, ein Sprungregress nur gegen den Aussteller, aber auch gegen diesen wol nur in Höhe dessen, was er seinem unmittelbaren Assignatar schuldet.[87]) Das Accept ist ungebräuchlich, aber, wenn ertheilt, von wechselmässiger Kraft.[88]) (A. 210—220.) Protest und Regress mangels Annahme sind nicht anerkannt.[89]) — Das holländische W. v. K.H. kennt auch Inhaberpapiere, die durch einen Dritten zahlbar sind; diese Inhaberanweisungen folgen jedoch den Regeln vom Kassirerpapier.[90])

b. Das ungar. H.G.B. hat in §§ 291—294, 296—298 die Bestimmungen des D. H.G.B, Art. 300 ff. sehr wesentlich erweitert. Es erklärt für **kaufmännische** Anweisungen nicht nur die von Kaufleuten ausgestellten und acceptirten schriftlichen Anweisungen, sondern auch alle Ordreanweisungen auf Geld oder Fungibilien. Selbstbezeichnung, Valutaklausel, causa debendi sind nicht erfordert. Alle Ordreanweisungen sind indossabel. Bezüglich sämmtlicher kaufmännischer Anweisungen sind die wechselrechtlichen Bestimmungen über Präsentation, Zahlung, Protest, Notifikation, **Regress** Mangels Zahlung (nicht auch Mangels Accept), Verjährung und Amortisation für anwendbar erklärt. Das Accept bindet selbst bei blosser Unterschrift ohne weiteren Vermerk. Die An-

[87]) Kist p. 326, 328—331. Vgl. auch Krit. Zeitschr. f. Rechtsw. u. Ges. des Auslandes IX (1837) p. 74 ff.

[88]) Das Letztere ist freilich bestritten, wird aber u. A. von Kist p. 341 ff. angenommen. Vgl. über die holländische Assignatie ausser Kist p. 307 ff. auch Diephuis p. 294 ff. und die Motive des dem holländischen Recht in dieser Lehre ziemlich getreu folgenden Württemb. Entw. p. 646 ff. — Dass die Assignatie ein Handelspapier, die aus der Assignatie entstehenden Schuldverhältnisse auch unter Nichtkaufleuten Handelssachen sind, vgl. den Kommentar v. Asser, Berg u. A. zu Art. 210.

[89]) Eine (scheinbare) Ausnahme ist der Regress mangels Visirung der befristeten Sichtanweisung A. 214 a. l. 3.

[90]) Vgl. unten § 452. — Nach dem H.G.B. für Niederl. Indien 212 u. 213 ist die Präsentationszeit die doppelte. Statt der fünftägigen Notifikationsfrist ist für Surinam A. 199 ff. und Curaçao A. 198 ff., falls die betreffenden Personen nicht an demselben Orte wohnen, Benachrichtigung mit der ersten öffentlich bekannten Gelegenheit vorgeschrieben.

weisung erlischt, sofern sie selbst keine entgegengesetzte Bestimmung enthält, weder durch den Tod des Assignanten, noch des Assignaten, noch des Assignatars.

c. Das Spanische H.G.B. 558—572 gewährt der Ordreanweisung (livrança) Wechselkraft mit Ausnahme der Acceptgarantie. Vorausgesetzt ist ausser der Ordreklausel noch Kaufmannseigenschaft des Assignanten und Assignaten,[91]) Selbstbezeichnung als Anweisung und die Valutaklausel („Ursprung und Art des Werthes, den sie repräsentiren"). Die Regressklage ist nur innerhalb zweier Monate von Erhebung (resp. bei im Ausland zahlbaren Anweisungen von Eintreffen) des Protestes an statthaft; der Aussteller haftet darüber hinaus nur bei Fehlen der Deckung zur Verfallzeit. Alle Ansprüche, auch wohl aus dem Accept, erlöschen binnen 4 Jahren. Nicht auf eine bestimmte Zeit zahlbar gestellte Anweisungen sind bei Präsentation zahlbar. — Rektaanweisungen werden für nicht kaufmännische Kontrakte erklärt und als dem Civilrecht über Darlehn (!) unterworfene Zahlungspromessen bezeichnet.

d. Das schweizerische Obligationenrecht hat ausser der gewöhnlichen Anweisung (A. 406 ff.) unter den „wechselähnlichen Papieren" noch die Anweisung an **Ordre** speziell behandelt (A. 839, 841 u. 842 ff.). Sie erfordert die Essentialien der Tratte mit Ausnahme der Wechselklausel. Selbstbezeichnung als Anweisung oder Valutaklausel ist nicht vorgeschrieben. Die Wirkungen sind die des Wechsels; jedoch fehlen Wechselexekution und Wechselprozess, sowie der Regress mangels Accepts und wegen Unsicherheit des Acceptanten. Das ertheilte Accept bindet wechselrechtlich.

Die **Inhaberanweisung** folgt den Vorschriften der gewöhnlichen Anweisungen, nur dass dem Assignaten gegenüber jeder Inhaber als Assignatar gilt. Ein Regress aus der Urkunde besteht auch gegen den Aussteller nicht; dieser ist nur dem ersten Assignatar, jeder folgende Empfänger nur seinem unmittelbaren Nachmann gegenüber aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft verpflichtet. (A. 413).[92])

e. Die H.G.B. von Cundinamarca (A. 531—544), Costa-Rica (A. 505—518) und Peru (A. 517—532) folgen bezüglich der Anweisung (libranza) durchaus, Bolivia (A. 460—466), Mexiko (A. 447—452), Nicaragua (312—315) und San Salvador (510—516) mit etlichen Modifikationen dem spanischen Rechte.

---

[91]) A. 558 lautet in der Uebersetzung von Schumacher, sowie von S. Borchardt „von einem Kaufmann an den anderen ausgestellten"; vgl. dagegen O. Borchardt II p. 69 H.G.B. v. Cundinamarca, das für wörtlich mit dem Span. H.G.B. übereinstimmend erklärt wird, Art. 531: „von einem Kaufmann auf einen andern." So auch Franz Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. VI p. 486: „von Handelsleuten auf Handelsleute." — Die Ordonnanzen von Bilbao c. XIV § 7 schreiben bei denjenigen Anweisungen der Kaufleute auf einander, die eine bestimmte Verfallzeit nicht enthalten, sofortige Präsentation und Rückgabe binnen dreimal 24 Stunden vom Ausstellungstage an bei Regressverlust vor. Diese früher auch in Guatemala geltende Ordonnanz ist nunmehr auch dort beseitigt.

[92]) Bezüglich des früheren Rechtszustandes vgl. die W.O. von St. Gallen X §§ 1—3, Zürich § 4, Glarus § 19, Aargau § 52, Basel, Bern, Luzern, Schaffhausen u. Solothurn §§ 91 u. 92, Neuenburg A. 84 u. 85, Wallis A. 75 u. 76. Vgl. noch Munzinger p. 396.

Zu jenen Modifikationen gehört einerseits das Nichterforderniss der Selbstbezeichnung als Anweisung in Mexiko resp. der Kaufmannseigenschaft des Assignanten und Assignatars in Mexiko, Nicaragua, Salvador, andererseits die Normirung anderer Regressfristen in Bolivia (im Inlande je 6 Meilen 1 Tag) Nicaragua (6 Monate) und Salvador (2, resp. 6 und 8 Monate A. 513 und 436); überdies scheint in Mexiko und Salvador der Regress mangels Annahme statthaft zu sein. Nur das H.G.B. von Bolivia nennt das Institut: **kaufmännische** Anweisung.

f. Das H.G.B. von Chile Art. 765—776, dem die neuen H.G.Bücher von Guatemala v. J. 1877 A. 647—660 und von Honduras v. J. 1880 A. 763—775 fast wörtlich sich anschliessen, unterscheidet die nicht aus Handelsgeschäften herrührenden Anweisungen, die unter allen Personen nur als Beweisurkunde gelten und den civilrechtlichen Normen, insbesondere den Regeln der Cession, selbst bei Ordrestellung folgen, und die aus einem Handelsgeschäft herrührenden. Die letzteren geniessen Wechselrecht und gewähren auch Regress mangels Annahme. Sie erfordern Ordre- und Valutenklausel, sowie, von Guatemala abgesehen, die Selbstbezeichnung als Anweisung; in Guatemala auch Identität des Ausstellungs- und Zahlungsorts. Weiterbegebung, unter Benutzung eines schon vorhandenen unausgefüllten Blankogiros, macht im Zweifel nicht regresspflichtig. Die Anweisung ist am skripturmässigen Verfalltage, eventuell bei Präsentation zu zahlen. Protest erübrigt nur bei Platzanweisungen, in Guatemala nur dem Aussteller gegenüber. Der Regress gegen Indossanten und Aussteller ist binnen 3 Monaten von Protesterhebung, bei im Ausland zahlbaren Anweisungen binnen der zur Uebersendung des Protestes erforderlichen Zeit, in Guatemala stets binnen 10 Tagen nach Protesterhebung geltend zu machen; Platzanweisungen sind bei Schadensersatzpflicht am Tage nach der Fälligkeit zurückzugeben. Der Aussteller haftet in Chile und Honduras über die Regressfrist nur, falls er zur Verfallzeit dem Assignaten keine Deckung besorgt hatte; in Guatemala wohl unbedingt, doch hat er gegen den Inhaber, der die Rückgabe über 10 Tage verzögert, Anspruch auf Schadensersatz. Rektaanweisungen gelten unter Kaufleuten für Handelspapiere.

f. Das H.G.B. von Uruguay (A. 788 ff.) behandelt Anweisungen als den Gattungsbegriff, dessen beide Spezies a) die Distanzanweisung oder der Wechsel und b) die Platzanweisung sind. Weitere Unterschiede in der Wirkung beider Papiere werden, auch bezüglich der Haftung für das Accept, nicht gemacht. Es besteht für den Inhaber sogar nach A. 850 eine anscheinend allgemeine Pflicht der Präsentation zum Accept. Nur die an Ordre gestellte Anweisung ist indossabel, die Rektaanweisung blos cessibel. Valutenklausel, Selbsbezeichnung oder Kaufmannseigenschaft sind nicht erfordert. Der Regressanspruch gegen die Giranten verjährt in einem resp. in zwei Jahren.

g. Auch das H.G.B. von Venezuela, Buch II, Ges. 2 kennt keine anderen Distanzanweisungen, als die Wechsel. Die Platzanweisungen zerfallen in Ordre- und in Rektaanweisungen. Erstere bedürfen der Valutenklausel und folgen, mit Ausnahme des Accepts, dem Wechselrecht. Letztere sind, wenn zwischen Handelsleuten oder für Handelsgeschäfte ausgestellt, bei Verlust des Regresses binnen 3 Tagen von Fälligkeit resp. von Ausstellung an zurückzugeben.

§ 453.

4. Der Kreditbrief.[1])

1. Das Wort Kreditbrief hat eine mehrfache Bedeutung.[2]) Einerseits bedeutet es die briefliche Ermächtigung, Jemandem zu kreditiren, den sog. **Kreditauftrag**, von dem bereits an anderer Stelle gehandelt worden;[3]) andererseits, und in diesem engeren Sinne[4]) ist hier zunächst von ihm zu handeln, eine

---

[1]) Literatur: Raumburger p. 87 ff., Martens, Heise, Morstadt § 19, Pöhls § 73, Mittermaier § 560, Thöl § 302 Not. 2 u. § 318 Not. 6, Brinckmann § 137 a. E. u. § 141, Endemann § 135 und in Zeitschr. f. H.R. IV p. 242—244, auch p. 222, Ladenburg ebendas. XI p. 78 ff., Gareis p. 479 ff. — Holzschuher III p. 654. Hieron. Theoph. Kind, Progr. species mandati, quod dicitur Akkreditiv seu Kreditbrief, Lips. 1830 (mir nicht zugänglich). Emil Kind, Sammlung auserl. Rechtssprüche 1836 p. 124—140 u. p. 160—168, Ladenburg, Die Anweisung p. 8—10, Creizenach in Zeitschr. f. franz. Civilrecht VII p. 317 ff., R. Koch in v. Holtzendorffs Rechtslex. s. v. Kreditbrief. Fr. Meier im Centralorgan N. F. VII p. 19 ff. — Savary, Le parfait négotiant, 2. Ed. 1679 I c. 4 p. 116 ff. a. E., Pardessus 585, Molinier, Traité de dr. com. I Nr. 57—61, Bédarride, Comm. du C. d. c. Art. 187 Nr. 633—641, Byles, On bills p. 98, Sweet, Law dict. s. v. letter of credit, Jencken, A compendium of the laws on bills etc. 1880 p. 131 ff., Walker, A treat. on banking law p. 108—112, Daniel, 2. Ed., II p. 706—714, Franck in S. Borchardts Vollständ. Sammlung der Wechselgesetze I p. 160. — Preuss. A. L.R. II 8 § 712, Zürich. G.B. §§ 1189—1191, die H.G.Bücher von Spanien 572—579 (damit stimmen völlig überein Cundinamarca 545—552, Costa Rica 519—526, Mexiko 453—461, Salvador 517—524, Peru 533—540), Portugal 444—452. Brasil. 264, Chile 782—794, (damit stimmen überein Guatemala 666—686 u. Honduras 781—792), Nicaragua 318—321. — Civil Code of New-York §§ 1573—1581, Schweiz. Obl.R. 415—417. Ueber das unglücklich redigirte Belg. Ges. v. 26. Juni 1873 vgl. Franz Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. XX p. 114 ff. — Württemb. Entw. 424—426, Motive p. 374 u. 375. — Seuffert II, 98. — Historisch Roscher III § 56 Not. 3, Goldschmidt in seiner Zeitschr. II p. 176 (1881), auch unten Not. 27 a.

[2]) Vgl. oben II § 256 Not. 38 (Regelsberger), Thöl § 302 Not. 2, Bédarride Nr. 633, Daniel p. 710. Vgl. unten Not. 57, auch Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. H.R. XXIII p. 308.

[3]) Oben II § 256 (Regelsberger). In der Streitfrage, ob in dem blossen Rath oder der blossen Empfehlung ein verpflichtender Creditauftrag zu finden, weicht das Handelsrecht vom Civilrecht nicht ab. So besonders Trummer im Hamb. A. f. H.R. 1818 I p. 242 ff. u. 267, Pöhls §§ 93 u. 94, Morstadt p. 52, Thöl § 236, Endemann § 148, Gelpcke in seiner Zeitschr. Hft. 3 p. 52 u. 55, Mittermaier § 559, R. Koch im Centr.Org. N. F. II p. 367 ff. A. M. sind Marquard II c. 11 No. 67 ff., Martens § 19, (der den Unterscheidungen des preuss. L.R. II 8 § 702 ff. folgt), und die bei Trummer p. 259 ff. Not. 57—59 und bei Mittermaier Not. 3 zahlreich Genannten. Eine Verbindlichkeit tritt gemeinrechtlich, soweit kein wirkliches mandatum de credendo vorliegt, nur bei dolus ein, gleichviel, ob die Empfehlung auf Anfrage oder freiwillig geschah (R.O.H.G. X p. 402, XXIII p. 152, Puchelt Not. 14 zu A. 283, Goldschmidt, Lucca-Pistoja p. 14, Endemann a. a. Not. 2), a. M. bez. Haftung für culpa v. Völderndorff in Buschs Arch. XXXV p. 4 ff. Die Klausel „ohne Obligo" ist bei nichtdoloser Empfehlung überflüssig, bei doloser unwirksam. Vgl. über die Empfehlung überhaupt noch Windscheid § 412 Not. 19 und die dort Citirten, ferner die H.G.B. von Spanien 412 ff., Portugal 450, 451, Württemb. Entw. 422 u. 423, Motive p. 371 ff., Bad. L.R. Art. 1381 a—ae.

[4]) O.L.G. Karlsruhe (Busch 43 p. 340). Entsprechend nennt Pöhls p. 208 den

qualifizirte Zahlungsanweisung.[5]) Worin das unterscheidende Merkmal zwischen dieser qualifizirten und der einfachen Zahlungsanweisung besteht, ist bestritten. Der Unterschied besteht nicht darin, dass der Kreditbrief stets auf Kredit, die Anweisung stets auf Schuld ertheilt wird,[6]) auch nicht darin, dass der Assignatar nur bei dem Kreditbriefe von der Pflicht zum Inkasso frei sei,[7]) noch weniger in der Verschiedenheit des Ausstellungs- und Zahlungsortes[8]) oder in einer angeblichen Unübertragbarkeit des Kreditbriefs[9]) oder gar in der Bankiereigenschaft des Ausstellers,[10]) vielmehr darin, dass die angewiesene Summe bei der Anweisung auf einmal voll, bei dem Kreditbrief aber je nach Belieben des Assignatars auf einmal **oder** ratenweise, ganz **oder** unvollständig gezahlt werden soll.[11])

---

schriftlichen Kreditauftrag: Kreditbrief im weiteren Sinne. — Vgl. noch Mittermaier Not. 7 u. Gareis p. 480: „Eigentlicher Kreditbrief". Anders Endemann, Zeitschr. IV p. 243 Not. 3 ff.

[5]) Dernburg § 52 „der sog. Kreditbrief ist eine Spezies der Anweisung"; vgl. übrigens auch Not. 4: „Wer den Kreditbrief als selbständiges Institut neben der Anweisung behandelt, bahnt Verwirrung an." Goldschmidt in seiner Zeitschr. XXIII p. 308: „Dass der Kreditbrief eine Art der Anweisung ist, versteht sich"; dagegen früher in seiner Zeitschr. I p. 613: „Nur ist der Kreditbriet eben auch keine Anweisung, wird theoretisch und praktisch von dieser sorgfältig geschieden".

[6]) Brinckmann § 141, Endemann § 135: im weiteren Sinne bedeutet Kreditbrief jedes Mandat resp. jede Anweisung auf Kredit, die Zahlungsaufforderung, durch welche der Assignat dem Assignanten oder durch welche der Assignant dem Assignatar kreditiren will, besonders aber denjenigen Brief, durch welchen dem Assignatar ein Kredit, d. h. die Möglichkeit Zahlung auf Rechnung des Ausstellers zu empfangen, eröffnet wird. Vgl. übrigens oben § 450 Not. 13.

[7]) Morstadt p. 53, Goldschmidt in seiner Zeitschr. p. 614, Busch 29 p. 334. Vgl. aber oben § 451 bei Not. 68 u. unten Not. 48.

[8]) Nach dem neuen H.G.B. für Guatemala ist die Anweisung (libranza) ein an eine Person an demselben Ort gerichteter Auftrag A. 647 (oben p. 1121), während die Kreditbriefe (Cartas órdenes de Credito) nach A. 666 einen bedingten Wechselvertrag zu realisiren bezwecken; der Wechselvertrag fordert aber nach A. 505 distantia loci. Vgl. auch Mittermaier vor Not. 2, Molinier Nr. 57, Pothier bei Bédarride Nr. 633.

[9]) Darauf geht wohl auch die Behauptung bei E. Kind p. 131, dass bei einem Akkreditive mehr auf die Person, bei der Anweisung mehr auf die Sache oder die Valuta gesehen wird.

[10]) Molinier a. a. O.

[11]) So im Wesentlichen das Erkenntniss des Obergerichts Mainz v. 22. Juli 1875 und dazu Creizenach a. a. O., dessen Formel nur insofern bedenklich ist, als sie einerseits den Unterschied in den Zweck verlegt, und es andererseits als Zweck der Anweisung bezeichnet, dass der Inhaber die ganze Valuta erhebe; vgl. dagegen oben § 451 bei Not. 68. Vgl. auch Schweizer Oblig.R. 415: „Kreditbriefe, durch welche der Adressant . . . beauftragt, einer bestimmten Person die verlangten Beträge auszuzahlen." Nicaragua 318: „. . . die Beträge, welche derselbe fordern werde bis zum Belaufe . . ." Vgl. auch Morstadt p. 53, Mittermaier a. a. O. „Auftrag . . ., Gelder entweder bis zum Betrage einer gewissen Summe oder ohne Bestimmung auszuzahlen. Annähernd auch Bluntschli-Dahn § 169: „Von dem kaufmännischen Kreditbrief unterscheidet sich die Anweisung dadurch, dass sie auf eine bestimmte Summe gestellt ist". Vgl. noch Diction. de comm. et de mar. bei Molinier Nr. 57 Not. 2.

Als gleichbedeutend mit Kreditbrief in allen seinen Bedeutungen wird das Wort **Kreditiv** oder **Akkreditiv** gebraucht;[12]) ältere Bezeichnungen sind: offener Wechsel[13]) und anscheinend auch litterae credentiales.[14])

Der Assignant heisst bei dem Kreditbrief der Aussteller, Briefsteller, Schreiber, Geber oder gewöhnlich der **Adressant**;[15]) der Assignat heisst der Korrespondent oder **Adressat**,[16]) der Assignatar wird der **Akkreditirte**, auch wohl der Empfänger, Nehmer, Ueberbringer, oder Inhaber des Briefes genannt.[17])

2. Der Kreditbrief verlangt schriftliche Form.[18]) Die Selbstbezeichnung als Kreditbrief ist weder erforderlich, noch andrerseits an sich ausreichend, um einer Urkunde die Qualifikation als Kreditbrief zu verschaffen. Es werden nämlich nicht ganz selten auch einfache Anweisungen unter dem Namen von Kreditbriefen ertheilt, sei es um Stempelgebühren[19]) zu ersparen, sei es behufs Erschwerung der Girirung, oder falls Mittheilungen mit dem Brief verbunden werden sollen, die in einer Anweisung auffallend wären. Besonders oft kommt dies zwischen eng mit einander verbundenen Firmen oder zwischen einem Hauptgeschäft und dessen Filialen vor.[20]) Seiner Bestimmung nach soll der Kredit-

---

[12]) Vgl. z. B. Wechsel-Stempel-Steuerges. v. 10. Juni 1869 § 24. Creizenach empfiehlt (p. 322 Note u. 323) Akkreditiv auf den Kreditauftrag, für welchen es etymologisch eigentlich allein richtig sei, zu beschränken; seine Schreibweise ist übrigens akkreditif. Für eine Unterscheidung von Akkreditiv und Kreditbrief das bei E. Kind p. 131 abgedruckte Erkenntniss, vgl. dagegen die Entscheidung zweiter Instanz a. a. O. p. 136 und den daselbst citirten H. Th. Kind p. 1. Endemann in Zeitschr. IV p. 242 Not. 1.

[13]) Raumburger p. 87 „offenen Wechseln oder Kredit-Brieffen".

[14]) Ansaldus disc. 24 Nr. 16 „ad hoc, ut ille, cui diriguntur, consignet illi tale nominato in praedictis credentialibus hanc vel illam rem sive pecuniam" Straccha, quom. in caus. merc. proced. sit, de prob. c. 15 „Solent mercatores literas, quas vulgo credentiae nuncupantur, persaepe scribere. Item et commendatitias" (vgl. oben Not. 3 u. Marquard III c. 9 Nr. 55 mit II c. 11 Nr. 67).

[15]) Letzteres auch im Schweizer O.R. 415; in Frankreich: le souscripteur, in England: the letter drawer oder the letter writer, in Spanien: dador (Geber).

[16]) Preuss. L.R. § 712: Korrespondent, Schweiz. Obl.R.: Adressat, in Frankreich: le correspondent, in England: the letter drawee, in Spanien: corresponsal.

[17]) Preuss. L.R.: Ueberbringer; französisch: l'accredité; englisch: the letter bearer; spanisch: tomador (Nehmer).

[18]) Morstadt, Heise, Pöhls, Kletke, Encykl. d. W.R. p. 581, die ausländischen Gesetze und Autoren; a. M. wohl nur Endemann § 135 II. Ein Formular bei Kind p. 124 und in Buschs Arch. XXIX p. 333.

[19]) Stempelfrei sind nach Deutschem Ges. v. 10. Juni 1869 § 24 Z. 2 nur diejenigen „Akkreditive, durch welche lediglich einer bestimmten Person ein nur im Maximalbetrage begrenzter oder unbeschränkter, nach Belieben zu benutzender Kredit zur Verfügung gestellt wird." Ueber England vgl. Walker p. 111 ff.: „A letter of cr. granted in the United Kingdom authorizing drafts to be drawn out of the United Kingdom payable in the United Kingdom, is exempt from stamp duty. 33 u. 34 Vict. c. 97."

[20]) So O.G. Mainz 1875 bei Creizenach p. 322 u. 325; vgl. auch App.G. Cöln 1873 bei Busch 29 p. 335 u. 337 ff. Höchst treffend Creizenach p. 324: „Der Kaufmann operirt eben nicht mit schulgerechten Begriffen, sondern nach der Opportunität des Augenblicks".

brief zumeist Reisenden dienen, deren Geldbedarf für die Reise nicht von vornherein feststeht, und die weder Geld mit sich führen, noch die Gefahr laufen wollen, über ihr Bedürfniss hinaus Tratten oder Anweisungen sich verschaffen zu müssen;[21]) der Kreditbrief ermöglicht es ihnen nicht nur, zwischen Erhebung und Nichterhebung der Gesammtsumme wählen zu können; diese Möglichkeit könnte unter Umständen auch die Anweisung und selbst in gewisser Hinsicht die acceptirte Tratte ihnen gewähren; der Kreditbrief gibt ihnen vielmehr das dreifache Wahlrecht zwischen Nichterhebung, totaler Erhebung und partieller Erhebung, je nach ihrem Bedürfnisse.

3. Die Essentialien des Kreditbriefs sind bis auf Summenangabe und Nennung des Adressaten diejenigen der schriftlichen Anweisung.[22]) Die Summe kann ganz fehlen (sog. **offener** oder illimitirter Kreditbrief) oder nur im Maximum bestimmt sein (**limitirter** Kreditbrief).[23]) Die Angabe der Zahlungszeit ist weder erforderlich, noch üblich; andererseits würde sie allein der Urkunde den Karakter des Kreditbriefs noch nicht nehmen.[24])

Der Akkreditirte ist in der Regel eine bestimmte Person, doch kommen auch Ordre- und selbst Inhaberkreditbriefe vor.[25]) Der Kreditbrief an Ordre ist nach Deutschem Recht nur insoweit mit den materiellen Wirkungen des Indossements indossabel, als die reichs- oder partikularrechtlichen Voraussetzungen indossabler Anweisungen vorliegen.[26]) Sehr häufig hat der Kreditbrief mehrere

---

[21]) Daniel p. 707 (Bell) u. 709, Byles p. 98.

[22]) Vgl. oben § 451 Not. 34 ff. In Belgien bedarf das Accreditiv der Essentialien des Checks. Vgl. Franz Mittermaier a. a. O.

[23]) Schweiz. O.R. 415 „mit oder ohne Angabe eines Maximums". Nur den offenen Kreditbrief kennt Raumburger p. 87. Savary p. 117 empfiehlt schon die Beifügung eines Maximums. Dagegen fordern Spanien A. 574 und die Tochterrechte, sowie Portugal 446 u. 459, Brasil. 264, Nicaragua 318, Chile 794, Guatemala 672 u. 673, Honduras 782 u. 792 Angabe des Maximums; dem offenen Kreditbrief schreiben sie nur den Karakter der Empfehlung zu. Vgl. auch schon Ord. d. Bilbao § 10, sowie Württemb. Entw. 425. Seuffert II Nr. 98 „sowohl auf eine unbestimmte, als auf eine bestimmte Summe".

[24]) Vgl. Kind p. 164. — Guatemala 670. „In dem Kreditbriefe wird der Zeitraum bezeichnet, in welchem der Nehmer Gebrauch von demselben machen muss." 671. „Wenn der Kreditbrief keine Zeit angibt, so wird dieselbe von dem bezüglichen Gerichtshof . . . bestimmt". Vgl. auch Spanien 579, Chile 784, Honduras 780. Vgl. auch unten Not. 37.

[25]) Endemann Not. 14, Brinckmann bei Not. 25, Kind a. a. O., Ladenburg Z. XI p. 89. Auch an eigene Ordre Seuffert II Nr. 98. — Kreditbriefe an Ordre schliessen aus die H.G.B. von Spanien 573, Portug. 445, Brasil. 264, Nicarag. 319, Chile 783, Guatemala 667—669, Honduras 781. Das Schweiz. Obl.R. 415 spricht zwar auch nur von Aufträgen einer bestimmten Person auszubezahlen, vgl. jedoch Schneider u. Fick Not. 2: „Gemäss A. 413 kann dies auch der jeweilige Inhaber des Briefes sein, oder es kann der Kreditbrief an Ordre ausgestellt werden." Bezüglich Frankreichs bestreitet die Indossabilität Bédarride 634: „Dans l'un comme dans l'autre cas, la l. de cr. est purement nominative et personelle". Nach Morstadt Not. 52 ist der Kreditbrief an Ordre „eine in Deutschland und Frankreich fast unerhörte Spezies". — Die amerik. circular notes (vgl. Not. 27) sind gewöhnlich indossabel. Daniel p. 711.

[26]) Vgl. oben § 452 bei Not. 61 u. 79; gegen die materiellen Wirkungen des Indossaments bez. des älteren Rechts Mittermaier Not. 16. In Belgien auch in blanco indossabel.

Adressaten; wohnen dieselben an verschiedenen Orten, so heisst der Brief: **Cirkularkreditbrief.**[27]) Ist gar kein Adressat bezeichnet, so gilt er als an Jedermann gerichtet und heisst nach der englischen Terminologie ein Generalkreditbrief; im Gegensatze dazu ist jeder andere ein Spezialkreditbrief.[27a])

4. Der Kreditbrief erfordert begrifflich weder Kaufmannseigenschaft des Adressanten, Adressaten oder Akkreditirten, noch ein Handelsgeschäft als Veranlassung der Hingabe.[28]) Die isolirte Ausstellung, Annahme oder Honorirung eines Kreditbriefs ist für den Kaufmann unter der Voraussetzung des Art. 273 Handelsgeschäft;[29]) die gewerbsmässige Ausstellung ist ebenso wie die gewerbsmässige Honorirung Bankier-, also Handelsgeschäft (Art. 272 Z. 2).

5. Der Kreditbrief ist, wie die Anweisung, acceptabel; auch das mündliche Accept bindet. Eine Theilzahlung ist dagegen, im Gegensatz zur Anweisung, nicht als Acceptation der ganzen Summe aufzufassen.[30]) Bei dem limitirten Kreditbrief gilt das Accept im Zweifel als bezüglich des Maximums ertheilt. Das Accept des offenen Kreditbriefs bindet jedenfalls dann, wenn es bezüglich eines bestimmten Betrags ertheilt ist; aber auch das illimitirte Accept dürfte ebenso wenig für unwirksam zu erachten sein, als es der offene Kreditbrief selbst ist.[31])

Der Adressat ist ohne besondere Abrede zur Zahlung resp. zum Accept nicht verpflichtet. Er darf,[32]) sofern der Kreditbrief nicht vom Aussteller ihm direkt zugesandt, sondern, was die Regel, dem Akkreditirten eingehändigt und von diesem ihm präsentirt ist, im Zweifel noch den Eingang eines besondern Avisbriefes (letter of indication)[33]) abwarten. Bei dem auf eine bestimmte Person gestellten Kreditbrief ist dem Avis mitunter die Unterschrift des Akkreditirten, in selteneren Fällen auch wohl eine Personalbeschreibung desselben oder ein

---

[27]) Circular notes in England und Amerika Daniel p. 710 u. 711; vgl. unten bei Not. 56 u. oben Not. 25. — H.G.B. von Guatemala 685, Honduras 791, Chile 793.

[27a]) Generalkreditbriefe sollen nach Daniel p. 707 ff. schon um 1200 in der Levante vorgekommen sein, während die Spezialkreditbriefe angeblich von den Juden 1183 eingeführt worden. Nach Jencken p. 131 wären Generalkreditbriefe nach common law nicht anzuerkennen, wohl aber in equity. Vgl. auch Civil Code of New-York 1576 u. 1577.

[28]) Dagegen fordert Spanien 572 und Portugal 444 Kaufmannseigenschaft des Adressanten und Akkreditirten und Ausstellung zum Zwecke einer Handelsoperation. Nicaragua 318 sieht von der Kaufmannseigenschaft ab und verlangt nur, dass Jemand den Kreditbrief „im Handelsverkehr" an einen Andern richtet; gegen die Beschränkung auch Württemb. 425 und dazu Motive p. 374. Vgl. noch Molinier 59 u. 60.

[29]) Die Präsumtion des A. 274 Satz 2 ist auf den Kreditbrief, da er der Regel nach kein Schuldschein, unanwendbar.

[30]) Creizenach p. 317 ff., vgl. auch oben § 452 Not. 48a.

[31]) Dagegen gilt nach Schweiz. O.R. 417 der Kreditbrief nur dann als angenommen, wenn die Annahme bezüglich eines bestimmten Betrages erklärt worden ist. Vgl. unten bei Not. 38. Accept unstatthaft in Belgien.

[32]) R. Koch a. a. O. Er muss es im Zweifel nicht. Endemann Not. 7 u. 9.

[33]) Walker p. 112.

Passwort beigefügt;[34]) zuweilen enthält auch der Avisbrief das Limitum bezüglich des offen ausgestellten Kreditbriefs.[35])

6. Die Zahlung ist nach Zeit und Betrag briefgemäss zu leisten. Wird die Zahlung sehr erhebliche Zeit nach Ausstellung resp. Avisirung des eine Angabe des Zahlungstages nicht enthaltenden Kreditbriefs gefordert, so dürfte der Adressat, sofern der Brief nicht etwa acceptirt ist, im Zweifel berechtigt und verpflichtet sein, vor der Zahlung bei dem Aussteller anzufragen; denn es ist im Zweifel nicht als vom Aussteller gewollt anzunehmen, dass er sich für alle Zeiten habe binden wollen;[36]) welcher Zeitraum als sehr erheblich zu gelten hat, lässt sich nur nach Erwägung aller Umstände des Einzelfalls bestimmen.[37]) Ebenso darf wohl aus der Natur der Sache die allerdings sehr bestrittene Folgerung abgeleitet werden, dass auch bezüglich der Summe des offenen Kreditbriefs die Gesammtsumme der zu leistenden Zahlungen nach den Willen des Ausstellers resp. des Acceptanten im Zweifel eine stillschweigend gewollte Grenze in den Verhältnissen des Akkreditirten hat. Es scheint daher auch nur Treu und Glauben zu entsprechen, wenn man im Zweifel den Adressaten für berechtigt und dem Aussteller gegenüber für verpflichtet erachtet, bei ganz ungewöhnlichen, den Verhältnissen nicht entsprechenden Anforderungen des Akkreditirten um Zahlung bei dem Aussteller anzufragen.[38]) Recht und Pflicht fallen weg, wenn die Urkunde selbst die absolute Schrankenlosigkeit von Summe und Zahlungszeit ausdrücklich oder etwa durch eine die Anfrage ausschliessende Klausel ausser Zweifel gestellt hat.

---

[34]) Savary a. a. O. Raumburger a. a. O., Molinier Nr. 57, Bédarride 634, Morstadt Not. 50. — Nach den Ordonnanzen von Bilbao § 10 sollte die Unterschrift auf den Kreditbrief selbst gesetzt werden; vgl. auch Chile 785: „Der Nehmer eines Kreditbriefs muss auf denselben seine Unterschrift setzen oder dem Geber ein Faksimile derselben aushändigen.“ Guatemala 674, Honduras 783. Württemb. Entw. Motive p. 374 zu A. 425.

[35]) Bluntschli p. 209 zu § 1190 Zürich G.B.

[36]) Mittermaier Not. 17. — H.G.B. 278 u. 279.

[37]) Vgl. oben Not. 24, Chile 784. Guatemala 671 u. Honduras 782: „unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Gebers und Nehmers und der Natur des Handelsunternehmens, welches die Eröffnung des Kredits veranlasst hat“. Vgl. auch oben p. 931 (Grünhut). In Belgien ist die Präsentationsfrist auf 3 resp. 6 Tage beschränkt. Fr. Mittermaier p. 115.

[38]) Molinier 57: „... les sommes qu'il réclamera jusqu'à la concurrence de la quantité fixée, ou de l'étendue des avances qu'on peut raisonnablement arbitrer que celui qui l'a délivrée entend qu'on fasse sur son compte“. Bluntschli, Privatr. G.B. f. Zürich III p. 210 zu § 1191: „Der Mangel einer ausdrücklichen Begrenzung des Kredits in dem Kreditbrief lässt nicht ohne Weiteres auf Unbeschränktheit des Kredits selbst schliessen. Eine relative Beschränkung ist dabei regelmässig selbstverständlich“; es folgen eine Reihe treffender Beispiele. Vgl. auch den nach lebhafter Diskussion angenommenen A. 416 des Schw. O.R.: „Wenn kein Maximum angegeben ist, so hat der Adressat bei ungewöhnlichen, den Verhältnissen der betheiligten Personen offenbar nicht entsprechenden Anforderungen des Empfängers den Adressanten zu benachrichtigen und so lange, bis dessen Weisung eingegangen ist, die Zahlung zu verweigern.“ Vgl. noch oben p. 931 (Grünhut). Für unbeschränkte Zahlung vgl. dagegen Pöhls p. 205

Vor der Zahlung hat der Adressat die Identität des Akkreditirten mit aller Sorgfalt, — wenn er Kaufmann ist, mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns, — zu prüfen und die durch den Avisbrief ihm etwa ertheilte besondere Instruktion in Bezug auf Schriftenvergleichung, Abfragung des Passworts u. a. m. genau zu befolgen.[39])

Der zahlende Adressat hat ein Recht auf doppelte Quittung, deren eine bei Auslieferung des Kreditbriefs auf den letzteren geschrieben werden kann; ein Exemplar ist dem Briefsteller zu übersenden, das andere behält der Adressat.[40]) Zur Auslieferung des Kreditbriefs an den Zahlenden ist der Akkreditirte bei Erhebung der ganzen Summe oder der letzten Theilzahlung nur dann verpflichtet, wenn der Aussteller es vorgeschrieben, insbesondere durch die Präsentationsklausel: „Gegen diesen Kreditbrief zahlen Sie".[41])

7. Der Akkreditirte hat dem Adressaten gegenüber keine besonderen Pflichten.[42]) Auch durch den Empfang der Zahlung wird er, im Gegensatz zum Kreditauftrag, nicht Schuldner des Adressaten; denn der Adressat soll bei dem Kreditbrief zahlen, nicht, wie bei dem Kreditauftrag, borgen.[43]) Ein Revalirungsanspruch steht dem Adressaten somit nur gegen den Aussteller zu und zwar im gleichen Umfange und unter den gleichen Voraussetzungen, wie bei der Anweisung.[44])

8. Ob der Aussteller gegen den Akkreditirten aus der Zahlungsleistung des Adressaten Rechte erwirbt, richtet sich nach den der Ertheilung des Briefs

---

und anscheinend Bédarride 637: „si le crédit étant illimité, il est impossible de lui reprocher aucun excès."

[39]) Morstadt n. 50, Brinckmann Not. 17, Busch XXIX p. 338, Bilbao §§ 11 u. 12. Gegen eine ängstliche Erkundigungspflicht vgl. Mittermaier Not. 15, Massé 2092 und Ansaldus d. 24 Nr. 16. Nach Pöhls p. 205 Not. 3 braucht sich der Zahlende um die Person des Empfängers überhaupt nicht zu bekümmern! Vgl. auch unten Not. 42 u. oben § 450 Not. 36 u. 40.

[40]) Vgl. Morstadt Not. 49, Molinier Nr. 57, Bédarride Nr. 637.

[41]) Busch XXIX p. 332. A. M. ist Morstadt p. 53 u. Mittermaier Not. 14.

[42]) Zuweilen wird es als Pflicht des Akkreditirten bezeichnet, dass er sich zu legitimiren habe; vgl. Spanien 573, Portugal 445, Nicaragua 321, Guatemala 680, Honduras 788, Chile 789; die Motive zu A. 425 des Württemb. Entw. bezeichnen das als selbstverständlich. — Auch die Quittungspflicht des Zahlungsempfängers ist nichts dem Akkreditiv als solchem Eigenthümliches; vgl. oben § 445 Not. 111 ff.; Doppelquittung ist bei jeder Zahlung für fremde Rechnung üblich. Ueber einen etwaigen Provisionsanspruch des zahlenden Bankiers gegen den Empfänger vgl. Endemann Not. 13 u. § 132 Not. 12. — Allerdings haftet der Akkreditirte dem Adressaten für die Aechtheit des Briefes und für das Nichtüberschreiten des Limitos (Gareis p. 480); diese Haftung entspringt aber nicht dem Kreditbrief; vgl. unten § 454 Not. 185.

[43]) Endemann bei Not. 13, Busch XLIII p. 341. — Nicaragua 321, Guatemala 684, Honduras 790 Abs. 2, Chile 792, Württemb. Entw. 424.

[44]) Koch a. a. O., Daniel p. 710, Spanien 575, Portug. 447, Brasil. 264, Guatemala 677, Honduras 786, Chile 787, Nicaragua 321. Preuss. L.R. II 8 § 712 „als Hauptschuldner". Vgl. Zürich §§ 1192 u. 1193 (Haftung des Adressanten „auch aus den Zahlungen, welche ein von dem ersten Adressaten im Auftrag desselben weiter beauftragter zweiter und dritter Adressat anderwärts geleistet hat").

unterliegenden Verhältnissen. Wenn auch nicht gerade in der Regel,[45]) so wird doch häufig der Akkreditirte die auf den Kreditbrief erhobene Summe nebst Zinsen seit Empfang zu erstatten haben; nicht selten wird er freilich durch Zahlung des Maximums oder einer anderen Summe bei Erwerb des Kreditbriefs dem Aussteller seinerseits Kredit gewährt, nicht von ihm genommen haben,[46]) vom Fall der Schenkung ganz abgesehen. Von den unterliegenden Verhältnissen hängt es auch ab, ob resp. in welcher Höhe der Akkreditirte eine Expeditionsgebühr für die Briefausstellung oder eine Provision für die wirklich erhobenen Beträge an den Aussteller zu zahlen hat;[47]) ist Letzterer Kaufmann und die Ausstellung in Ausübung des Handelsgewerbes erfolgt, so hat er präsumtiv auf Beides Anspruch (Art. 290 H.G.B.).

Der Akkreditirte ist nicht zur Benutzung des Briefes verpflichtet; er ist kein Inkassomandatar des Ausstellers, er ist blos ein Ermächtigter.[48])

Ein Regress aus dem Kreditbrief besteht nicht;[49]) der Aussteller haftet nur aus einem besonderen Garantieversprechen,[50]) bei dolosem Widerruf[51]) oder aus

---

[45]) Endemann vor Not. 10. Viel zu generell Nicaragua 320: „Der Nehmer eines Kreditbriefs übernimmt die Verpflichtung, dem Aussteller innerhalb 10 Tagen nach der Ausstellung Rückersatz zu leisten, wenn nicht eine andere Frist bestimmt wurde"; Zinsen von der Mahnung ab. Richtiger: Spanien 578 (Zinsen von der Klaganstellung); vgl. noch Chile 791, Guatemala 682 u. 683 u. Honduras 790 (Zinsen vom Tage der Uebergabe).

[46]) Byles p. 98: „The banker usually indemnifies himself against the bills by anticipation." Vgl. auch Span. H.G.B. (Not. 45).

[47]) Vgl. Endemann Not. 10. Für den Provisionsanspruch auch Mittermaier Not. 18, Morstadt Not. 53. Württemb. Entw. 424 u. 143.

[48]) A. M. Brinckmann nach Not. 24 u. Endemann vor Not. 11 „möglicherweise sogar verpflichtet, den Brief zur Ausführung zu bringen." Vgl. aber Mittermaier Not. 12, Morstadt p. 53, Goldschmidt in seiner Zeitschr. I p. 613 u. XXIII Blghft. p. 116, Busch XXIX p. 332 ff., Molinier Nr. 61, Bédarride 635: „L'usage de la lettre de crédit est entièrement subordonné à sa volonté et à ses convenances". Daniel p. 710.

[49]) A. M. das bei Kind p. 126 ff. abgedruckte Erkenntniss, vgl. aber auch p. 133 ff. Portugal 448, Guatemala 678, Honduras 787, Nicaragua 319, Chile 788. Schadenersatzpflicht des Adressanten konstituirte § 1194 Züricher G.B. (Bluntschli p. 212), Württemb. Entw. 426. Wechselregress nach dem Belg. Ges. A. 3.

[50]) Nach Morstadt Not. 53 liegt in der Einhändigung des Kreditbriefs jedesmal die Verpflichtung des Ausstellers wegen sicherer Zahlung; auch nach Endemann (nach Not. 10) versteht sich die Realisirbarkeit von selbst; doch könne der Akkreditirte den Brief auf sein eigenes Risiko annehmen. Zu generell auch Gareis p. 480. Vgl. aber Mittermaier u. R. Koch a. a. O.; vgl. auch Holzschuher p. 654.

[51]) Span. 576 Abs. 2 u. 577: Schadensersatzpflicht bei Widerruf zur Unzeit und falls dolos zur Störung der Operationen des Inhabers; Contreordre ex justa causa metuendi statthaft. Ebenso Portugal 449, Nicaragua 319, Honduras 784 u. 785, Guatemala 675 u. 676, Chile 786. Der Württemb. Entw. 426 gestattet jeden Widerruf, der nicht muthwilliger oder böslicher Weise geschieht. Gegen das Widerrufsrecht Morstadt bei Not. 52, weil der Akkreditirte ein mandatarius in rem propriam, vgl. oben § 451 Not. 88, auch Endemann nach Not. 11 u. § 130 bei Not. 8; aber auch Mittermaier Not. 11 u. Bluntschli a. a. O. p. 210 zu § 1190.

der Bereicherung.[52]) Auch in diesen Fällen bedarf es weder des Protestes.[53]) noch der Notifikation bei Nichtzahlung.[54]) Der etwaige Anspruch des Akkreditirten ist, sofern der Adressat nicht etwa acceptirt hat, von der Beibringung des Kreditbriefs unabhängig, da dem Adressaten gegenüber der Aussteller vor dem Accept das Recht des Widerrufs hat; eben deshalb kann der Aussteller auch nicht die Rückgabe unbenutzt gelassener Kreditbriefe oder Sicherstellung vom Akkreditirten verlangen,[55]) sofern nur die Nichtacceptation feststeht.

9. Bei dem limitirten Cirkularkreditbrief darf das angewiesene Maximum zwar von jedem Adressaten, im Ganzen aber doch nur einmal gezahlt werden. Daher ist jede Zahlung auf dem Kreditbrief zu vermerken; Unterlassung des Vermerks verpflichtet den Zahlenden dem Aussteller gegenüber zum Schadenersatz.[56]) Sind geleistete Zahlungen ganz oder theilweise unvermerkt geblieben, so geht der gutgläubige Nebenadressat, der im Vertrauen auf den Brief über die limitirte Summe hinaus gezahlt hat, seines etwaigen Deckungsanspruchs gegen den Aussteller nicht verlustig.

10. Im überseeischen Verkehr hat das Wort Kreditbrief noch eine dritte Bedeutung.[57]) Es bedeutet nämlich auch den Auftrag zur Diskontirung der vom Akkreditirten auf den Aussteller gezogenen Tratten. Dieser Auftrag kann an einen oder mehrere bestimmte Adressaten,[58]) aber auch an Jedermann[59]) ertheilt

---

[52]) Vgl. auch Byles p. 98.

[53]) Span. 576, Portug. 448, Honduras 787 Abs. 2, Guatemala 679, Chile 788. Daniel 710. Der Württemb. Entw. hat das Protestverbot gestrichen, Motive p. 374.

[54]) Civil Code of New-York 1580, Walker p. 110, Daniel p. 710.

[55]) Busch IX p. 332 ff. Württemb. Entw. Motive p. 375. Die entgegengesetzte Bestimmung geben Spanien 579, Guatemala 681, Honduras 789, Chile 780: vgl. auch Frank p. 160, Byles p. 98, Walker fordert bei circular notes p. 112, „present or return to the banker", während er p. 111 bezüglich der Diskontkreditbriefe (vgl. unten Not. 57 ff.) lehrt, dass „where for a sum down a banker grants a letter of credit, . . . the banker cannot insist on the letter of credit being brought back to him as a condition precedent to the recovery of the money".

[56]) Mittermaier Not. 13, Morstadt p. 53, Guatemala 686, Honduras 791, Chile 793.

[57]) Regelsberger oben II § 256 Not. 38 bezeichnet diesen Fall nur als Beispiel für einen Kreditbrief im Sinne eines Kreditauftrags. Die 3 Bedeutungen trennt aber mit Recht Daniel p. 710: 1) „Sometimes it is a direct order to advance money . . and an absolute undertaking to repay it" (unser Kreditbrief i. e. S.); 2) „sometimes it promises to honor bills drawn for any amount which may be advanced to the letter bearer" (davon handelt oben der Text) and 3) „sometimes it undertakes that the letter drawer will become surety of the letter bearer" (unser Kreditauftrag); vgl. auch a. a. O. p. 706 „. . . . promises that he will repay or guarantee or accept bills. — In England scheint die Bedeutung zu 2 die hauptsächlichste; einzelne Autoren erwähnen sie sogar ausschliesslich; vgl. z. B. Byles a. a. O. „A letter of credit is an authority, or rather request, by a banker to his foreign correspondents therein named, to discount bills drawn on him by the bearer." Uebereinstimmend Sweet a. a. O. Dagegen definiren letter of credit im Sinne des Kreditauftrags Jencken p. 131, Walker p. 108 u. C. c. of New-York § 1573.

[58]) Byles p. 98. Vgl. übrigens auch Not. 65 a. E.

[59]) Walker p. 108, Sweet p. 482, Daniel a. a. O.

sein (Spezial- oder Generalkreditbrief);[60]) er kann in beiden Fällen entweder limitirt oder illimitirt sein.[61]) Mitunter wird ein solcher **Diskontkreditbrief,** wie man ihn nennen kann, an den Rand eines Wechselblanketts geschrieben, das der Akkredirte im Bedürfnissfalle ausfüllt und dem Diskonteur gegen Zahlung der Wechselvaluta übergibt (sog. **Marginalkreditbrief**).[61a]) Durch diese Art von Kreditbrief wird der Akkreditirte seinerseits ermächtigt, nicht verpflichtet, auf den Aussteller zu trassiren und die Tratten bei bestimmten oder beliebigen Dritten zu diskontiren. Mit dieser Trassirungsermächtigung ist das ausdrückliche oder stillschweigende Versprechen der Honorirung jener Tratten bei Verfall verbunden.[62]) Der Adressat haftet daher dem Akkreditirten für Accept und Zahlung der briefgemäss gezogenen Tratten. Nach Handelsbrauch übernimmt er diese Haftung aber nicht nur dem Akkreditirten selbst, sondern auch den gutgläubigen Remittenten resp. Indossataren jener Tratten gegenüber, sofern sie nur dieselben eine angemessene Zeit nach Ausstellung des Briefs und im Vertrauen auf den ihm präsentirten Kreditbrief erworben haben; gegen die gutgläubigen Tratteninhaber sind ihm keine Einreden aus der Person des Akkreditirten (des Trassanten) gestattet.[63]) Diese Haftung ist weder als Wirkung eines vorgängigen mündlichen Trattenaccepts aufzufassen,[64]) noch durch einen vom Adressanten durch den Akkreditirten (als dessen Mandatar[65]) oder Bevollmächtigten) geschlossenen Vertrag mit dem Remittenten zu erklären, sondern durch Annahme eines vom Handelsgewohnheitsrecht mit bindender Kraft ausgestatteten einseitigen Accept- und Zahlungsversprechens des Briefstellers zu Gunsten des Akkreditirten, der Adressaten und der zukünftigen gutgläubigen Indossatare der briefmässig gezogenen Tratten.

Ueberschreiten die Tratten das briefmässige Limitum, so haftet der Briefsteller

---

[60]) Zuweilen heisst der letztere auch open letter of credit, der erstere ordinary l. of cr. Sweet a. a. O.

[61]) Formulare bei Walker p. 108: „You are hereby authorized to draw upon this bank to the extent of £ . . ., and such drafts J undertake duly to honor on presentation. This credit will remain in force for 12 months from its date, and parties negotiating bills under it are requested to indorse particulars on the back hereof." Ein anderes Formular in R.O.H.G. XXII Nr. 33 p. 147.

[61a]) Walker p. 147.

[62]) Vgl. oben Not. 57.

[63]) Daniel p. 711 Not. 4 p. 714. Byles p. 98. Walker p. 109 ff., R.O.H.G. XXII a. a. O. Erk. des Ob.App.G. Lübeck v. 30. Mai 1870 bei Friedr. Meier a. a. O., R. Koch u. Gareis a. a. O. — Mitunter ist im Kreditbrief diese Haftung dem Tratteninhaber gegenüber ausdrücklich übernommen; vgl. z. B. die zur Entsch. des R.O.H.G. XXII p. 147 ff. gebrachte Urkunde: „. . . and we agree with You and also with the bona fide holders of such bill or bills, that the same shall be duly accepted by us on presentation and paid for at maturity, provided such bill or bills are drawn by you . . ."

[64]) Vgl. hierüber Daniel p. 714, auch Alauzet, Comm. du C. d. c., 2. Ed., III Nr. 1312 ff., sowie Wachter, Encykl. p. 60 Not. 3.

[65]) Meier spricht von einem Auftrage des Briefstellers zum Wechselverkauf; übrigens weist er p. 24 selbst auf die Analogie des institor hin . . Vgl. auch R. Koch: „Der Adressat handelt beim Verkauf als Mandatar des Ausstellers in dessen Namen".

gleichwohl, falls die Abgabe der früheren Tratten auf dem Briefe nicht vermerkt ist;[66]) der redliche Dritte, der die das Limitum überschreitenden Tratten im Vertrauen auf den ihm vorgelegten Kreditbrief erworben hat, braucht sich nicht an den ihm vielleicht ganz unbekannten früheren Diskonteur, der den Vermerk unterlassen hat, verweisen zu lassen; der Akkreditirte hätte es sonst in seiner Hand, durch Kollision mit dem ersten Diskonteur den redlichen Zweiten, der nur dem Briefsteller zu kreditiren die Absicht hat, zu schädigen. Daran kann auch wohl die Thatsache nichts ändern, dass der Aussteller im Kreditbrief vorgeschrieben hat, dass jede Diskontirung auf dem Kreditbrief selbst vermerkt wird;[67]) denn der redliche zweite Diskonteur kann die Prüfung, ob dieser Vorschrift genügt ist, bei einem Generalkreditbrief insbesondere, vielleicht gar nicht vornehmen; er bleibt möglicherweise auf die vielleicht falsche Versicherung des Akkreditirten angewiesen, dass noch keine Diskontirung stattgefunden. Ihm haftet der Briefsteller; letzterem bleibt natürlich der Anspruch gegen den Diskonteur, der den Vermerk unterlassen, auf Schadensersatz vorbehalten. Der Akkreditirte haftet dem Diskonteur und dessen Nachmännern für Accept und Zahlung der Tratte, wie jeder Trassant, nämlich unter der Bedingung der Nichthonorirung der Tratte durch den Trassaten, das ist hier der Adressant.

Der Akkreditirte haftet also bei dem Kreditbrief i. e. S. dem Adressaten gar nicht, bei dem Kreditauftrag als Hauptschuldner, bei dem Diskontkreditbrief aber nur unter der Bedingung, dass der Adressant nicht honorirt (qua Trassant). Der Adressant dagegen haftet bei dem Kreditbrief i. e. S. dem Adressaten als alleiniger Schuldner, bei dem Kreditauftrag wie ein Bürge als Nebenschuldner, bei dem Diskontokreditbrief aber als Hauptschuldner. Die Forderung des Diskonteurs geht nicht auf Erstattung der gezahlten oder kreditirten Diskontvaluta, sondern auf Zahlung der Wechsel- resp. Regresssumme.

11. Endlich wird das Wort Kreditbrief auch noch für schriftliche Krediteröffnung gebraucht; hier ertheilt der Aussteller Niemandem einen Auftrag, sondern übernimmt seinerseits für sich oder zuweilen für seine Zweigniederlassungen die Verpflichtung, einer anderen Person Kredit zu geben.[68]) Im Gegensatz zu dem eigentlichen Kreditbrief ist diese Urkunde als Krediteröffnungsbrief zu bezeichnen.

Der Akkreditirte muss aber nicht, sondern kann nur, falls es ihm beliebt, trassiren und diskontiren. — Der Akkreditirte wird bei dem eines Adressaten entbehrenden General letter of credit auch der Adressat genannt, da die Autorisation zur Trassirung dann im Briefstyl an ihn gerichtet ist.

[66]) Fr. Meier, Koch, Gareis a. a. O., O.A.G. Lübeck (30. Mai 1870). R.O.H.G. XXII p. 150 und die dort Citirten. Daniel p. 713 ff. A. M. das Bremer H.G. 12. April 1869 u. Ob.G. (11. Novbr. 1869) (bei Meier p. 23).

[67]) a. M. Gareis Not. 7 und anscheinend auch Koch a. a. O.

[68]) R. Koch a. a. O. Vgl. oben § 434 (Grünhut).

§ 454.

5. Der Check.[1])

1. Das Wort Check oder[2]) Cheque stammt sprachlich vom englischen

[1]) Literatur: A) Thöl § 28 ad 7, Goldschmidt I p. 1219, 1221 u. 1223, Endemann p. 386 u. 608, Gareis p. 488 u. 489, auch oben II p. 151 Not. 8 u. 11, 197 Not. 11, 198 u. 204 (Brunner).

Bender, W.R. 1828 II p. 19, C.J.A. Mittermaier, Privatr. 1847 § 357 a. E., Hübner, Die Banken, 1854 I p. 93 ff., Biener, Wechselrechtl. Abhandl. 1859 p. 144, 145 u. 445, O. Wächter, Wechsellehre 1861 p. 85, V. (wohl Voigt) im Neuen Archiv für Handelsrecht, 1861, III p. 225—240; Kuntze, W.R. 1862 p. 256, Deutsche Vierteljahrsschrift 1864 Hft. 3 p. 138—151, Munzinger, Motive zum Entw. eines schweiz. Handelsrechts, 1865 p. 397—421, Wagner in Rentzschs Handwörterbuch der Volkswirthschaftslehre, 1866 s. v. Check, Prince-Smith in V.J.S. f. Volksw., 1866. XVI p. 136—141.

Franz Mittermaier, Die Bankanweisung (Check) und das franz. Gesetz v. 1865, in Zeitschr. f. H.R. X p. 1—40, sowie a. a. O., XVII p. 124, XX p. 112—117, XXI p. 148—152, XXIII Blghft. p. 142—146, 161, XXVI p. 83, XXVIII p. 170 ff., XXIX p. 160—162 u. 494, Ladenburg ebendas. XI p. 78 ff., Hildebrand, Das Chequesystem u. das Clearinghouse in London (in Conrads Jahrbüchern für Nat.Oekonomie u. Statistik, 1867, VIII, p. 127—162), Franck in Borchardts vollständiger Sammlung der geltenden Wechselgesetze, 1871, I p. 154 ff., Nasse, Bankanweisung u. Banknoten in der Zeitschr. f. die ges. Staatswissenschaft 1872 p. 322 ff., Schäffle, Das gesellsch. System 3 Ed. 1873, I p. 245 ff., Bischof, National-Oekonomik 1874 p. 397 ff., Pfau, Das Bankwesen der Schweiz und des Auslandes 1875 p. 49 ff., Knies, Geld und Kredit I p. 156 ff., 204, II p. 272—283, Schiebe-Brentano, Lehre von den Wechselbriefen, 1877, p. 238, 244 ff., 247—259, Georg Cohn in Zeitschr. f. vgl. R.W. I (1878) p. 117—160 u. p. 424—489, II p. 131—133, III p. 69—143, sowie in Conrads Jahrb. f. Nat.Oek. und Statisik, XXXIII p. 471—495. R. Koch, Ueber Giroverkehr und den Gebrauch von Checks, 1878, auch in Buschs Arch. XXXVII p. 85 ff.; derselbe in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 1880, s. v. Check und Giroverkehr; derselbe: Ueber Bedürfniss und Inhalt eines Checkgesetzes für das Deutsche Reich, 1883, auch in Buschs Arch. XLIII p. 128 ff.; derselbe: Abrechnungsstellen in Deutschland und deren Vorgänger, auch in Zeitschr. f. H.R. XXIX p. 59—109; derselbe in den Verhandlungen des 17. deutschen Juristentags, 1884, Gutachten I p. 1—31. — Funk, Ueber die rechtliche Natur des Cheque, 1878, sowie: Questionnaire über ein österr. Chequegesetz, 1880. — Luwisch, (populäres) Handbuch des Giro- und Chequeverkehrs, 1878, (Landgraf), Bericht der Handelskammer zu Mannheim über die gesetzliche Regelung des Checkwesens in Deutschland, 1879, Bericht der Handelskammer zu Braunschweig über die Verhandlungen der am 18. November 1879 in Braunschweig abgehaltenen Konferenz von Delegirten Deutscher Handelskammern betr. die gesetzliche Regelung des Checkwesens, Wächter, Encyklop. des W.R. 1880 p. 171—177, Hartung, Der Check- und Giroverkehr der deutschen Reichsbank 1880, Bunzl, Material zu einem Chequegesetzentwurf 1880, Wien, Thorwart, Ein österr. Checkgesetz, in der Neuen Freien Presse v. 25. November 1880, Leonhardt, Die gesetzl. Begründung des Cheque-Systems in Oesterreich, 1881, Czelechowski, Ein österreich. Checkgesetz, in den Wiener Jurist. Blättern X 1881 Nr. 19 u. 20; Roztočil, Ein Beitrag zur Checklehre, ebendas. Nr. 32, Roscher, System der Volkswirthschaftslehre 2 Ed. III § 74, 1881, Berger, Katechismus des Girowesens 1881, Wirth, Grundzüge der Nat.Oek. 4 Ed. 1882 p. 257 ff., Entw. eines Checkgesetzes, ausgearbeitet von der Reichsbankverw. in Berl. Börsen-Zeitung v. 7. Dezbr. 1882 Nr. 574 S. 2, Wagner in Schönbergs Handb. der polit. Oekon. I p. 329—337, Schall, ebendas. II p. 401, 24. Jahresbericht der Jurist. Gesellschaft zu Berlin p. 31—33, Simonson, Ueber Giro- und Chequeverkehr in Deutschland in Schmollers Jahrb. f.

exchequer (lat. scaccarium, franz. échiquier),[3]) welches seinerzeits wieder von chess, franz. échecs (Schachspiel) abzuleiten ist.[4])

Gesetzgebung, Verw. u. Volksw. N. F. VIII p. 135—156, Siemens, Die Lage des Chequewesens in Deutschland, 1883. Verh. des 11. deutsch. Handelstages zu Berlin am 15. u. 16. Dezbr. 1882, Stenograph. Bericht p. 18—29, Schraut, Die Organisation des Kredits 1883 p. 11—15, Behrend, Gutachten für den 17. deutsch. Juristentag, 1884, Verhdlgn. I p. 32—45, v. Stieglitz, Wesen und Vorzüge des Depositen- und Checkverkehrs, 1884, Birnbaum, Ueber Checks in Zeitschr. f. H.R. XXX p. 1—29, Kapp, Der Check, ebendas. p. 325—402. — Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages II, 1885, p. 139—157 u. p. 272—284; die Angabe p. 139 über die Uebernahme der Vertretung des Referenten durch den Verfasser beruht auf einem Irrthum.

B. Pradier-Fodéré, Précis de dr. comm. 2 éd. 1866 p. 289—299; Alauzet, Comment. de C. de comm. III append. p. 601—672, Bédarridé, Commentaire de la loi du 14. juin 1865 sur les chèques, 1876, Le Mercier, Étude sur les chèques, 1874, Nouguier et Espinas, Des Chèques, Comm. théor. et pratique des lois de 1865 u. 1874, 2 éd., 1874. Touzaud, Des effets de commerce, 1882, p. 147—203, G. Chastenet, Étude sur les banques romaines. — Les chèques, Thèse, Paris 1882, Lyon-Caen Nr. 1322—1367, Barclay u. Dainville, Les effets de commerce dans le dr. anglais, la lettre de change etc. comparés avec les principales législations étrangères, 1884.

C. Byles, A treatise on the Law of Bills of Exchange etc. 12 Ed., 1876 p. 13—28, Chalmers, A digest on the law of Bills of Exchange etc. 1878 p. 206 ff. u. The Bills of Exchange Act with explan. Notes, 4. Ed. 1882, Daniel, A treatise on the law of Negotiable Instruments, 2 Ed. 1879 II p. 528—611, Gilbart, The history, principles and practice of banking, by Michie, 1882 I p. 230 ff., II p. 207, 247 ff., Jevons, Money and the Mechanism of Exchange 6 Ed. 1876 (deutsch Leipzig 1876 p. 196, 245—249, 278, 283, 287, 297—306) Macleod, A dictionary of Polit. Econ., 1863 s. v. cheque, The Theory and Practice of Banking, 4. Ed. I 281 ff., The Elements of Banking, 1876 u. The Principles of Economical Philosophy p. 563 ff., Morse, A treatise on the law relating to Banks and Banking, Boston 18702 Ed. 1872, I p. 440 ff., 503 ff., Newman, A Summary of the law relating to cheques on bankers, 2. Ed., 1870, Shaw, A Pract. Treatise on the law of Bankers Cheques 2 Ed., 1871, Walker, A treatise on Banking Law, 1877, p. 57—107.

D. Hulshoff, De cheque uit een econ. en jurid oogpunt beschouwd, Amsterd. 1870, derselbe: de cheque volgens het Engelsche regt in der Themis, 1871, XXXII p. 430—472, Kist, Beginselen v. hdlsrgt. 2 Ed. I p. 146—151, II p. 307 ff., 393—406, Diephuis, Handboek voor het Nederl. hdlsregt. 2 Ed. I p. 141—144, 294—308.

E. Borsari, Cod. d. comm. del regno d'Italia annot. 1868, p. 949—960, Mangili, Necessità e norme di una legge speciale sugli assegni (chèques), 1877, u. Il progetto di legge sui titoli rappresentativi dei depositi bancarii, 1879, Marghieri, Studi di dir. comm. 1878 p. 179 ff., Supino im Arch. giur. XXI p. 542 ff. u. XXII p. 90 ff., Vidari, Studii sul progetto per la riforma del C. d. c., 1874, Corso di dir. comm. V Nr. 2354 f.—i, Serafini im Arch. giur. XIV p. 284 ff., Fornari, I checks e la Clearinghouse 1878, Cossa, Primi elementi di Econ. polit. 1881 p. 72 ff. und besonders Gallavresi, L'assegno bancario (Check), studio teorico pratico 1883.

F. Sampajo-Pimentel I p. 352—355, II p. 159.

Weitere franz., ital. u. holländ. Literatur in Zeitschr. f. vgl. R.W. I p. 119 Not. 8, 120, 121 u. bei Gallavresi p. 116—119; weitere englische und amerikanische Literatur daselbst und bei Kapp Not. 1. Ueber die böhmisch geschriebene Studie Pavlíček's, Wechsel u. Check in der europ. Gesetzgebung, Prag 1884, vgl. Pražak im Centralblatt für Rechtswissenschaft IV p. 25.

[2]) Die Schreibart „Cheque“ ist etymologisch und historisch richtiger; vgl. Zeitschr.

2. Der Check scheint den Römern[5]) unbekannt geblieben zu sein,[6]) trotz der grossen Ausbildung ihres Bankdepositengeschäfts, und obschon es nicht an Zahlungsmandaten an die nummularii gefehlt hat, ja obwohl selbst schriftliche[7]) Anweisungen auf das Guthaben bei denselben vermuthlich vorgekommen sind. Das Mittelalter zeigt zahlreiche schriftliche Zahlungsmandate in Anweisungs- und Quittungsform, vom Deponenten auf den Depositar, resp. vom Gläubiger auf den Schuldner, namentlich Seitens deutscher und polnischer Landesherren auf die fälligen oder zukünftigen Abgaben und von Seiten der englischen Könige auf ihre eigene Schatzkammer (Exchequer).[8]) Alle diese Papiere können aber nur als Vorläufer des Checks gelten, der erst in der Neuzeit sich entwickelt hat und zwar in grösserem Maassstabe wohl[8a]) zunächst in Holland. Schon im

f. v. R.W. I p. 139 Not. 5, Gilbart I p. 230 ff. Gleichwohl ist im Deutschen die Schreibart „Check" vorzuziehen; sie ist phonetisch, auch kürzer und überdies von der Deutschen, Schweizer und Italienischen Gesetzgebung angenommen; vgl. Koch, Gutachten N. 1. Ueber absonderliche Wiener Verunstaltungen des Worts in Schick und Czech vgl. die anekdotenhaften Mittheilungen bei Luwisch p. 76 Note. — In Prag begegnet auch der Name Girofolio für Check; vgl. Jurist. Blätter, VII Nr. 24 Beilage p. 309 ff. (Urth. des Oestr. Oberst. G.H. vom 26. April 1878).

[3]) Exchequer war die Bezeichnung für den normannischen resp. englischen Gerichts- und Rechnungshof, (Brunner in v. Holtzendorffs Encykl. p. 297, Gneist, Engl. Verfassungsgeschichte p. 177 ff., 206 note und passim) der seinen Namen entweder von dem „schachbrettartig über den Sitzungstisch ausgebreiteten getäfelten Tuch" (Gneist p. 178) oder von den schachbrettmässigen Zahlungsbrettern geführt haben soll. Vgl. Gilbart a. a. O.: „The chequers placed at the doors of public-houses, are intended to represent chess-boards, and originally denoted that the game of chess was played in those houses. Similar tables were employed in reckoning money, and hence came the expression, „to check an account," and the Governement office, where the public accounts were kept, was called the Exchequer. It probably obtained his name from the French échiquier, a chess board". Vgl. auch N. 12 u. Simonson p. 138.

[4]) Die Franzosen (Michaux-Bellaire, Le Mercier, Nouguier, Chastenet) leiten cheque vom englischen Verbum „to check" ab, welches soviel als „vérifier, contrôler" bedeutet. Vgl. Zeitschr. f. v. W. I p. 138 Not. 3 u Gallavresi p. 111. Gegen diese Ableitnng vgl. Simonson a. a. O.

[5]) Bezüglich der athenischen syngrapha vgl. Fornari p. 13, Gallavresi p. 2 und die dort Citirten. Roscher III p. 278 Not. 7: „Ein Analogon der Checks sind die σύμβολα, welche der argentarius mit dem Deponenten verabredet hatte, um die Empfänger der Zahlung zu legitimiren (Plautus, Bacch. II 3, 29), während z. B. Isokrates, Trapez. 35 schriftl. Anweisung voraussetzt." Vgl. überhaupt noch die in Zeitschr. f. v. R.W. I p. 125 Not. 6 citirten Autoren und oben § 433 Not. 14 ff.

[6]) A. M. ist Serafini a. a. O. (wegen l. 24, 25 § 1, 26 § 1, 28 u. 29 § 1 D. XVI, 3), Vidari, Studii p. 378 (gegen ihn Touzaud p. 150) und besonders Macleod wegen Cicero ad Atticum XVI, 2 und Terenz, Phormio V 8, 29 ff.; dass jedoch perscribere und rescribere auf die Girozahlung, nicht den Check geht, vgl. oben § 447 Not. 17; auch attributio bedeutet nicht den Check; vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 123 ff., übrigens auch Kapp bei Not. 199. Die von Serafini angeführten Stellen handeln von Einzahlungsquittungen, nicht vom Check.

[7]) Heimbach, Creditum p. 615, besonders wegen l. 47 § 1 D. de pact. (2, 14).

[8]) Genaueres Zeitschr. f. v. R.W. I p. 125—128 u. II p. 132. Vgl. auch oben § 433 Not. 69.

[8a]) Ueber die cedule di cartulario der St. Ambrosius-Bank in Mailand vom Ende des 16. Jahrhunderts und über die polizze o fedi di credito der Neapolitanischen Banken

16. Jahrhundert bestand insbesondere in Amsterdam der Gebrauch der Kaufleute, die Baarbestände gegen Provision besonderen gewerbsmässigen Kassirern anzuvertrauen, die im 17. Jahrhundert der Konzessionspflicht unterstellt und zur Dienstleistung an Jedermann, der ihrer begehren würde, verbindlich gemacht wurden; die Deponenten bewirkten ihre Zahlungen durch Ausstellung von Quittungen, seltener von Anweisungen auf jene Kassirer; diese Urkunden hiessen Kassiersbriefje. Ihre erste gesetzliche Regelung erfolgte durch die Keure von 1776. Nach Beseitigung des jene Urkunden gar nicht berücksichtigenden Code de commerce wurde in Holland jene Keure den Bestimmungen des geltenden Wetboek van Koophandel in dieser Materie wesentlich zu Grunde gelegt.[9])

Zu hervorragender Bedeutung gelangte der Check erst in England.[10]) Anweisungen des Bankierkunden auf den Bankier begegnen dort schon am Ausgang des 17. Jahrhunderts; dass der Kunde Gelder deponirt hatte, darf dabei vorausgesetzt werden; sie führen den Namen cash-notes oder notes schlechthin.[11])

In der Mitte des vorigen Jahrhunderts kam für sie der Name Checker [12]) auf, der bald jedoch dem jetzt üblichen Ausdruck Check [13]) weichen musste. Ursprünglich waren die Bezogenen nur Privatbankiers; erst seit dem Jahre 1828 konnten sich auch Aktienbanken mit der Pflege des Checkverkehrs befassen.[14]) Der Gebrauch, bei einer Bank oder einem Bankier Kasse zu halten und bei Zahlungen den Zahlungsempfängern anstatt des baaren Geldes Checks auf den Bankier zu geben, ist in England zur allgemeinen Sitte, in gewissen Kreisen geradezu zur Anstandssache geworden;[15]) die Dimensionen des Checkverkehrs sind enorm; durch das Londoner Clearing-House allein gelangen jährlich Checks im ungefähren Gesammtbetrage von $2^1/_2$—5 Milliarden Pfund Sterling (gleich 50—100 000 Millionen Mark zur Zahlung).[16]) Abgesehen von einer Reihe mehr

v. 1572 vgl. Fornari p. 18—27, Gallavresi p. 9—13. Letzterer hebt p. 13 hervor, dass diese Urkunden nicht auf den Inhaber lauteten und einer bestimmten Präsentationsfrist nicht unterlagen. Vgl. auch Jäger, Die ältesten Banken p. 20, Lattes p. 205, 207 u. oben § 447 Not. 22 ff.

[9]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 129—137. Der Antwerpener sog. bewijs dürfte eine einfache Anweisung gewesen sein; vgl. a. a. O. p. 132 ff., auch oben § 451 Not. 6, (v. Salpius p. 12 Not. 5).

[10]) Koch, Gutachten p. 5 Not. 5 hält einen historischen Zusammenhang mit dem holländ. Kassiers-Briefje für schwerlich nachweisbar. Ueber Versuche, die in der Mitte des 16. Jahrh. Sir Thomas Gresham, im Anfang des 17. Jahrh. John Law behufs Verpflanzung des holländ. Systems nach England gemacht haben soll, vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 130 Not. 8 u. 132 Not. 2, Mittermaier, Zeitschr. f. H.R. X p. 4 Not. 1, XX p. 113.

[11]) Aelteste Beispiele aus dem Jahre 1683, 1688 u. 1707 bei Birnbaum p. 8. Ueber den Ausdruck cash-notes vgl. jedoch auch oben § 429 Not. 19.

[12]) Nach einer freundlichen Mittheilung des Professor Dr. Leser. Vgl. auch oben Not. 3 u. Zeitschr. f. v. R.W. II p. 131 ff.

[13]) Ueber die Schreibweise oben Not. 2.

[14]) Vgl. Näheres in Zeitschr. f. v. R.W. I p. 139 bei Not. 6. Mittermaier Zeitschr. X p. 14.

[15]) Hildebrand p. 132. Nach einer oft citirten Anekdote Esquiro's karakterisirt den gentleman die Zahlung mittelst Checks. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 139 Not. 8. — Nach Koch, Gutachten p. 6 Not. 1 erstreckt sich jedoch der Gebrauch heutzutage auch auf viel tiefere Gesellschaftsschichten.

[16]) Koch a. a. O. p. 7 ($^5/_6$ des Gesammtumsatzes von 3—6 Milliarden Pfund).

gelegentlicher gesetzlicher Bestimmungen über Stempelpflicht und Entscheidung gewisser Spezialfragen,[17]) blieb die Entwickelung des Checkrechts in England lange Zeit dem Handelsgewohnheitsrecht überlassen; erst bei Kodifikation des Wechselrechts für das vereinigte Königreich wurde i. J. 1882 auch der Check ziemlich vollständig, jedoch in Gemässheit seiner Unterstellung unter das Wechselrecht mittelst sehr weniger Sonderbestimmungen geregelt.[18]) Von den englischen Kolonien besitzen Malta[19]) und Niederkanada[20]) Spezialvorschriften über den Check.

In den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika hat der Check eine noch England übertreffende Verwendung gefunden; eine Kodifikation fehlt bisher; im Wesentlichen entspricht die englisch-amerikanische Handelssitte dem englischen Recht.[21]) Nur einige dürftige Sätze über den Check finden sich im Portugies. H.G.B. v. Jahre 1833.[22])

Während in England die gesetzliche Regelung der Handelssitte erst verspätet folgte, suchten eine Reihe kontinentaler Staaten durch legislatorische Akte den Checkverkehr in ihren Ländern ins Leben zu rufen oder doch zu fördern, sei es durch besondere Checkgesetze oder durch Aufnahme von Spezialvorschriften bei der Gesammtkodifikation des Handelsrechts. Ersteres geschah 1865 resp. 1874 in Frankreich[23]) und 1873 in Belgien;[24]) letzteres 1882 in Italien[25]) und bei der Kodifikation des Obligationenrechts 1881 in der Schweiz.[26])

[17]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 140, Koch, Gutachten p. 9 Not. 2—4.

[18]) An Act to codify the law relating to Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes. 45 u. 46. Vict. c. 61; part. III: Cheques on a Banker, sect. 73—82. Uebersetzt von Heinsheimer (auch Zeitschr. f. H.R. XXVIII Beilageheft); auch in O. Borchardt's Sammlung p. 341. Vgl. Koch, Checkges. p. 5—8 u. Gutachten p. 9, Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. XXIX p. 494 ff.

[19]) Die Ordinanza Nr. XIII v. 2. Oktbr. 1857 (in S. Borchardt, Sammlung I 1 p. 259, I 2 p. 173) enthält in A. 245, 246 u. 313 ein paar Normen über die „mandati o cheques sopra banchieri."

[20]) Civil Code of Lower Canada v. J. 1866 Buch IV Art. 1 ch. 3 §§ 2349—2354 in S. Borchardts Sammlung der Wechselges. I 1 p. 242 u. I 2 p. 161.

[21]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 141. Entwurf eines Civil Code of New-York 1865 §§ 1825 und 1826. — Koch, Gutachten p. 10.

[22]) Codigo commercial Portuguez. A. 430—433, vgl. auch A. 724 (deutsch in S. Borchardts Sammlung der Wechselgesetze p. 359). Das Papier führt den Doppelnamen Cheque oder Bankiermandat (mandato sobre banqueiro). Wahrscheinlich gab es in Portugal schon ziemlich lange vor dem Codigo einen nicht belanglosen Checkverkehr. Auf die Gesetzgebung blieb der Entwurf des holländ. Gesetzbuchs nicht ohne Einfluss. Vgl. überhaupt Zeitschr. f. v. R.W. I p. 141—145, Franz Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. X p. 26 ff., Sampajo p. 353 ff. — Ueber Holland vgl. oben Not. 9. Die spanische livrança ist kein Check; irrig Touzaud p. 175, Hulshoff p. 29; vgl. oben § 452 Not. 91 u. auch Not. 30.

[23]) Ges. v. 23. Mai resp. 14. Juni 1865; dazu die Novelle v. 19. Febr. 1874. Beide abgedruckt bei Koch, Giroverkehr p. 38 ff. Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 147—151 und die dort Citirten. Koch, Gutachten p. 11—13. Ueber den Ges.Entw. v. J. 1878 vgl. Funk, Quest. p. 12.

[24]) Ges. v. 20. Juni 1873; abgedruckt bei Koch, Giroverkehr p. 42. Vgl. Zeitchr. f. v. R.W. I p. 152 ff.

[25]) Ital. Cod. di commercio v. 2. April 1882 in der durch Kgl. Verordn. v. 31. Oktbr. 1882 veröffentlichten (etwas abweichenden) Fassung, Buch I, tit. X: Della cambiale e dell'

Die Gesetzgebungen Belgiens, Italiens und der Schweiz schliessen sich mit gewissen Abweichungen dem französischen Checkrecht an.

In Deutschland ist es bis zur Mitte dieses Jahrhunderts zu einem rechten Checkverkehr trotz zahlreicher Ansätze[27]) nicht gekommen. Die Partikular-Gesetzgebung stand den An- und Ueberweisungen überhaupt nicht wohlwollend gegenüber;[28]) theils weil man in ihnen eine gefährliche Konkurrenz der Girobanken erblickte,[29]) theils weil man die „Irrungen" derselben befürchtete,[30]) endlich auch hier und da im fiskalischen Interesse zur Verhütung einer Umgehung der Wechselstempelsteuer.[31]) Ueberdies war partikularrechtlich die Annahme verzinsbarer Depositen den Privatbanken untersagt.[32]) Gegen Mitte dieses Jahrhunderts wandten einzelne Bankinstitute sich auch der Pflege des Depositen- und Checkverkehrs zu,[33]) der jedoch erst im letzten Jahrzehnt in Deutschland[34]) und

assegno bancario; capo II: Dell' assegno bancario (Check) A. 339—344. Zur Entstehungsgeschichte dieser sehr umstrittenen Artikel vgl. Zeitschr. f. v. R.W. II p. 133, III p. 69, Koch, Checkges. p. 8 u. 9, Fornari p. 136—169. Gallavresi p. 71—88. Der korrekte Text mit Uebersetzung des ital. Wechselgesetzes in Osk. Borchardts Nachtrag zur Sammlung der seit 1871 erschienenen Wechselgesetze, 1883. Vgl. Supino, Arch. XXII p. 90—92. Mittermaier Zeitschr. XXVIII p. 167 ff., XXIX p. 160 ff.

26) Schweiz. Obl.R. Tit. 30. Der Check, Art. 830—837. Abgedruckt bei Koch, Checkgesetz p. 36. — Schon der Munzingersche Entw. v. 1865 enthielt in den Art. 443 u. 444 Bestimmungen; vgl. dazu die trefflichen Motive p. 397—406. — Zur Geschichte der späteren Entwürfe vgl. Zeitschr. f. R.W. I p. 154—155, III p. 70, Jahrb. f. Nat.Oek. p. 474, Koch, Checkges. p. 9.

27) Besonders in Hamburg; es gab dort schon im 17. Jahrhundert gemeinschaftliche Kassirer, wie in Amsterdam; vgl. oben § 447 Not. 28; sie wurden durch die Girobank verdrängt, deren Kunden mittelst Bankozettel auf ihr Depositum anwiesen; jene Zettel waren aber, trotz der Fassung „geliebe zu zahlen per Cassa ... und mir abzuschreiben" (vgl. a. a. O. Not. 73) doch nicht Checks, sondern in Folge des Bankozwangs (a. a. O. Not. 79) in Wahrheit Giroanweisungen, ganz abgesehen davon, dass sie gar nicht in die Hand des zu Bezahlenden gelangten (a. a. O. Not. 65). In diesem Jahrhundert war es kaufmännische Sitte, diejenigen Zahlungen, die nicht in Banko lauteten und daher nicht durch Abschreibung bei der Hamburger Bank geschehen konnten, auf einen Geldwechsler anzuweisen. Pöhls I p. 300, Zeitschr. f. v. R.W. I p. 155. — Ueber Bremen vgl. Koch, Gutachten p. 15. Auch die von Einert, W.R. p. 106 erwähnten indossirbaren Quittungen (sogen. Stellzettel) dürften ähnlichen Zwecken, wie der Check, gedient haben.

28) Vgl. oben § 449 Not. 10; die Braunschweig. W.O. v. 1715 A. 50, die Frankf. W.O. v. 1739 § 41 gestatten immerhin „das baare Geld bei einem Tertio zu empfangen"; die Curpfälz. W.O. v. 1726 A. 55 Anweisungen, „wo das Geld per Cassa zu zahlen parat liegt"; auch die Oesterreich. W.O. v. 1763 gestattet Anweisungen auf das „bei einem Tertio parate Geld".

29) Hamb. Bankomandat v. 20. Febr. 1619 verbot alles Assigniren ausserhalb der Bank. (Soetbeer, Beiträge p. 12 u. 90, in der V.J.S. für Volksw. XV. p. 31); über die Vorschläge v. 1610, vgl. Pöhls p. 300. Vgl. oben § 452 n. 7.

30) Nürnberger Reformation v. 1611, XXIV p. 144.

31) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 156 Not. 11.

32) So in Preussen a. a. O. n. 12. Bremer Handelsblatt 1871 p. 172. Zeitschr. für H.R. X. p. 4 ff. Not. 3.

33) So wohl zuerst in erheblichem Maasse die städtische Bank zu Breslau von 1848, der Berliner Kassenverein v. J. 1850, die Frankfurter Bank v. J. 1854 und die Danziger Privatbank v. J. 1857 (vgl. Kautsch, Bank- und Börsenwesen, p. 142 ff.)

34) Bei dem Berl. Kassenverein wurde i. J. 1877 über 2½, i. J. 1881 fast 4¼

Oesterreich[35]) bedeutende Dimensionen angenommen und auch durch Privatbankiers, Sparkassen, Vorschussvereine Pflege gefunden hat.[36]) In Deutschland ist in erster Linie auch hier die Reichsbank zu nennen, deren Checkverkehr eine wahrhaft mächtige Entwickelung genommen hat:[37]) das Papier, mittelst dessen die Kunden auf die Reichsbank behufs Zahlung anweisen, wird „weisser Check" genannt.[38])

Die deutsche sowie die österreichische Gesetzgebung haben den Check

---

Milliarden Mark durch Checks erhoben. Vgl. Koch, Checkges. p. 19 Not. 45 ff., woselbst auch die Zahlen der Frankfurter, der Deutschen Bank und der Diskontogesellschaft, sowie Simonson a. a. O. Weitere statist. Daten bei Siemens, p. 13 und jetzt Koch, Gutachten p. 20 Not. 3 u. p. 21.

[35]) Besonders bei dem Wiener Giro- und Kassenverein (Umschlag i. J. 1881 über 7½ Milliarden Gulden). — Koch, Checkgesetz a. a. O. Not. 47. Vgl. auch Statistisches bei Funk p. 4 u. 9 und Quest. p. 8, Czelechowsky a. a. O.

[36]) Koch a. a. O. Not. 49.

[37]) Nach dem Verwaltungsbericht für das Jahr 1884 betrugen die „Baarzahlungen, zu welchen ausschliesslich Checks verwandt worden," (Koch p. 18) fast 9 Milliarden und die „Uebertragungen am Platze, zu welchen dies in der Regel geschieht" (Koch p. 19), nahezu 10 Milliarden Mark. — Der von Siemens p. 11 bemängelte Satz des Verfassers, dass in neuester Zeit auch die Reichsbank mit ihren Girokunden einen lebhaften (Auszahlungs-) Verkehr unterhalten solle, befindet sich weder, wie Siemens angibt, in den Conradschen Jahrbüchern, noch ist derselbe weit hinter 1876 geschrieben; derselbe steht vielmehr in Zeitschr. f. v. R.W. I p. 156, ist 1877 geschrieben u. Anfang 1878 erschienen.

[38]) Formular des weissen Checks (Gareis p. 489):

Nr. 3785. | Nr. 3785. M.

Ausgehändigt am | Die Reichsbank in Berlin wolle zahlen gegen

Reichsbank

diesen Check aus meinem / unserem Guthaben an

M.

oder Ueberbringer

Datum

Mark

den . 18

Cheks, in welchen der Zusatz „oder Ueberbringer" durchstrichen oder eine Zahlungsfrist angegeben ist, werden nicht bezahlt.

500 000
450 000
400 000
350 000
300 000
250 000
200 000
150 000
100 000
50 000
40 000
30 000
20 000
10 000
5 000
4 000
3 000
2 000
1 000
500

Die Zahlenkolonne rechts gewährt ein sehr wirksames Schutzmittel gegen Fälschung der Checksumme; der Aussteller schneidet nämlich vor Ausgabe des Checks alle Zahlen der Kolonne, welche die Checksumme übersteigen, ab. Das Formular ist an der Stelle, an der das Wort „Reichsbank" sich befindet, perforirt; der links befindliche kleinere Theil (souche, Stamm) bleibt im Checkbuch zurück.

Ueber den rothen Check, der in Wahrheit kein Check, sondern eine Giroanweisung, vgl. oben § 447 Not. 67, 73.

bisher[39]) nicht geregelt; nur in den Stempelgesetzen beider Reiche findet sich anlässlich der vollen resp. theilweisen Befreiung des Checks von der Stempelsteuer das Institut überhaupt erwähnt. Die bei diesem Anlass gegebene Definition[40]) des Checks kann, weil sie nur um der Steuerbefreiung willen ergangen, auch nur auf den steuerfreien Check bezogen werden; Urkunden, die dem allgemeinen Begriff des Checks genügen, verlieren ihren Rechtscharakter als Checks nicht um deshalb, weil sie den Erfordernissen des Steuerprivilegs nicht genügen.[41]) In Elsass-Lothringen ist das französische Checkgesetz von 1865 (ohne die Novelle) in Kraft geblieben.[41a]) — In Guatemala hat unter dem Namen Quédan ein dem Check analoges Depositalpapier in den letzten Jahrzehnten in dem kaufmännischen Verkehr grosse Verbreitung gefunden; missbräuchliche Benützung desselben hat den Gesetzgeber neuerdings veranlasst, im Handels-

---

[39]) Ueber die Bestrebungen betreffs Erlass eines deutschen resp. österreich. Checkgesetzes vgl. Koch, Checkgesetz p. 11—13 und Gutachten p. 14—17. Das Bedürfniss des Gesetzes bejahen der 11. deutsche Handelstag am 15. Dezember 1882, der 17. deutsche Juristentag 1884 (freilich nur mit einer Stimme Mehrheit, Vhdlg. II p. 157), vor Allen Koch, ferner die Gutachten p. 16 Not. 7 von ihm Citirten, Munzinger p. 407, Funk, Cheque p. 28 u. Questionnaire, anscheinend auch Birnbaum p. 10 u. Kapp vor n. 246. Gegen das Checkgesetz Grünhut in seiner Zeitschrift 1881 VIII p. 408, im Grunde wohl auch Leonhardt p. 6, Bunzl p. 44 und besonders Behrend, Gutachten. Bezüglich der Bedürfnissfrage sei hier nur erwähnt, dass die Zahl der deutschen Checkprozesse sich vermehrt hat; ausser den in Conrads Jahrb. p. 473 citirten 5 Fällen und dem bei Koch Checkges. n. 28 mitgetheilten Heidelberger Erk. vgl. jetzt Urth. des O.L.G. Köln v. 21. Febr. 1883. (Busch, Arch. 45 p. 364 ff.); ebenso in der Schweiz, vgl. Urth. des Berner Apell- und Kassationshofes v. 6. Dezember 1883 in Zeitschr. f. Schwz. R. 25, Beilg. p. 108 No. 77, ferner ein Luzerner Erk. von 1884, dessen Publikation in Zeitschr. f. H.R. XXXI nahe bevorsteht. Streitfragen aus dem Checkrecht kommen übrigens auch in der begutachtenden Praxis nicht gerade selten vor; vgl. auch v. Wilmowski in den Vhdlgn. der Berl. Jurist. Gesellschaft a. a. O. u. Vhdlg. d. 17. Juristentags II p. 143 u. 155.

[40]) Deutsches Wechselstempelgesetz v. 10. Juni 1869 § 24 Abs. 2 Nr. 1: „Befreit von der Stempelabgabe sind: 1) die statt der Baarzahlung dienenden auf Sicht zahlbaren Platzanweisungen und Checks (d. i. Anweisungen auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Bankhause oder Geldinstitute), wenn sie ohne Accept bleiben; andernfalls muss die Versteuerung erfolgen, ehe der Acceptant die Platzanweisung oder den Check aus den Händen gibt." Die Vorlage hatte statt „Bankhaus oder Geldinstitut" als Bezogenen einen „Bankier oder Geldwechsler". Koch, Ueber Giroverkehr p. 28 Not. 64. Oesterr. Gebührengesetz v. 29. Febr. 1864, Tarifpost 60 Z. 2: „Cheques sind Anweisungen auf die zur Uebernahme von Geld für fremde Rechnung statutenmässig berechtigten Anstalten"; der Finanz- u. Ministerialerlass v. 28. Febr. 1864 fordert noch, dass diese Anweisungen „im Grunde des an eine zur Uebernahme fremder Gelder in laufender Rechnung berechtigte Gesellschaft geleisteten Depots von dem Erleger auf den von dieser Gesellschaft ihm zu diesem Zwecke eingehändigten Blanquetten gezogen sind", und dass alle anderen, wenngleich mit dem Wort „Check" überschriebenen Anweisungen dem höheren Stempel unterliegen (der Check zahlt zwei Kreuzer). Funk, p. 11.

[41]) Koch, Checkgesetz p. 11 bezeichnet die Definition des R.Wechselstempelgesetzes als bedenklich. Vgl. auch Koch, Gutachten p. 22: „die Vorschrift in ihrer Isolirung auf das stempelsteuerliche Gebiet". Behrend p. 39: „Unser geltendes Recht enthält bereits eine, wenngleich beiläufige, Legaldefinition des Checks." Bayerdörffer p. 6. Czelechowsky p. 235. Vgl. aber auch Vhdlgn. d. 17. Juristentags II p. 139 u. 283 (Dreyer).

[41a]) Koch, Gutachten p. 22.

gesetzbuch vom Jahre 1877, Art. 664 und 665, den quedanes die Anerkennung zu versagen und diesen Dokumenten keinen Werth vor Gericht zuzuerkennen.[42])

Eine gesetzliche Regelung des Checks (anscheinend auf englischer Basis) ist dagegen in neuester Zeit im Japanischen H.G.B. Entwurf vorgeschlagen.[43])

3. Wenngleich ohne besondere Abrede Niemand einen Check anstatt baarer Zahlung zu nehmen rechtlich verpflichtet ist,[43a]) so fungirt doch thatsächlich der Check als Zahlungsmittel im grössten Massstabe.

Die Vortheile der geldlosen Zahlung, die er dem Zahler, dem Bezahlten und durch Ersparung von Metall- und Papiergeld auch der Allgemeinheit gewährt,[43b]) überwiegen bei weitem die Gefahren und Nachtheile, zu denen eine missbräuchliche Verwendung des Checks allerdings führen kann.[44])

Diese Vortheile werden noch gesteigert durch die übliche Verbindung des Checkverkehrs mit dem Bankdepositalgeschäft[45]) und durch den häufigen gegenseitigen Austausch der Checks mittelst Compensation und Skontration resp. Clearing.[46])

Vor der Banknote hat der Check voraus, dass er auf beliebige Beträge, auch auf nicht runde Summen gestellt werden kann, während er freilich dadurch hinter jener zurücksteht, dass der Nehmer des Checks nicht wie bei der Note nur der Bank, sondern sowohl dem Bezogenen, wie dem Aussteller kreditiren muss.[47])

---

[42]) Vgl. Meyer in Grünhuts Zeitschr. VII p. 218 und Zeitschr. f. v. R.W. III p. 71.

[43]) Art. 880—887. Vgl. O. Borchardt, die geltenden Handelsgesetze des Erdballs. III. Vorrede p. VI. ff. u. p. 1132. Der Entwurf ist von Prof. Dr. Rössler redigirt. — Ueber Checks in China vgl. Fornari p. 106 ff und auch die Mittheilungen O. Borchardt's. Sammlung der Wechselges., 1883, p. 372 ff über den sog. ping piaod; freilich wird Letzterer a. a. O. auch zuweilen eine „Note" genannt u. als Zahlungsanweisung einer Bank definirt: immerhin aber ist vom Aussteller, Trassaten, Avis u. Acceptation die Rede, so dass der ping piaod doch wohl eine Anweisung auf eine Bank sein dürfte. — Ueber russ. Checkverkehr vgl. Heinsheimer in d. Vhdlgn. d. 17. Juristentags II p. 146.

[43a]) Vgl. oben § 449 n. 10.

[43b]) Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 146. Koch, Gutachten p. 2, 3 u. 8. Munzinger p. 400 ff., Hartung p. 19 ff. u. Touzaud p. 153 ff.

[44]) Neben Betrug und Fälschung ist besonders das namentlich in Holland übliche, aber auch in England nicht unbekannte kiting der Checks gefährlich, d. h. jenes der Wechselreiterei verwandte Manöver verbündeter Kunden verschiedener Bankiers, die wechselseitig Checks zu Gunsten des Verbündeten ausstellen, welche von Letzterem zur Vergrösserung des eigenen Bankguthabens durch Einzahlung des fremden Checks auf das eigene Checkkonto verwendet werden. Vgl. Hulshoff p. 26. Nach Roscher § 74 Not. 5 werden die Checks von Fälschungen erfahrungsmässig selten bedroht; vgl. aber die Zeitschr. f. v. R.W. I p. 147 Not. 4 citirten Strafrechtsfälle, zu denen noch zahlreiche von Daniel p. 603—611 aus der amerikan. Judikatur erwähnte Fälschungen hinzutreten. Vgl. auch den Brüsseler Fälschungsfall v. J. 1881 im Journ. d. dr. intern. IX. p. 557 u. den Luzerner in Z. f. H.R. XXXI. — Ueber die Gefahren vgl. Bagehot, Lombardstreet, deutsch von Beta 1874. Koch, Gutachten p. 8 Not. 2.

[45]) Vgl. oben § 433 p. 923.

[46]) Vgl. oben § 448. Nach Seyd p. 29 soll die Checkliste eines einzigen Londoner Bankiers bei dem täglichen Clearing die Länge von 400' betragen haben. Clearinghouse und Checkverkehr unterstützen sich, bedingen sich aber keineswegs. Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 149 Not. 11 u. 12.

[47]) So Goldschmidt p. 1223. Vgl. Hildebrand p. 16 ff. (bei Funk p. 29—31), Kapp Not. 244 ff., Koch, Gutachten p. 4 u. 5, Vidari, Corso V 2354 f.

4. **Begriff.** Der Check ist eine qualifizirte schriftliche[48]) Anweisung.[49]) Worin die Qualifikation besteht, ist streitig. Der **Regel** nach, aber keineswegs ausnahmslos, wird der Check auf einen Bankier, bei welchem der Aussteller Geld deponirt hat, gezogen; der **Regel** nach ist der Check also eine **Bankdepotanweisung** und zwar auf Sicht.

Der **Regel** nach wird diese Anweisung durch Ausfüllung von Formularen (Blanquettes) hergestellt, die einem Heft (Checkbuch. Carnet de chèques. chéquier. livre de souches, check-book) entnommen werden, welches der Bankier dem zukünftigen Aussteller, seinem Kunden, zur Benutzung übergibt.[50])

Gleichwohl ist weder die Bankierseigenschaft des Bezogenen, noch das Depot des Ausstellers, noch das Blanquett essentiell.

a. Was die **Bankierseigenschaft** betrifft, so wird sie zwar von einer Reihe von Gesetzgebungen gefordert, insbesondere von England, Kanada, Portugal, in den Vereinigten Staaten und nach den Stempelgesetzen Deutschlands und Oesterreichs,[51]) sowie im Japanischen Entwurf; dagegen hat eine andere Reihe von Legislationen auch Checks auf andere Personenkategorien (Kassirer,[52]) Kaufleute[53]) gestattet, oder gar, wie Frankreich, Belgien und die Schweiz,[54]) von jeder Beschränkung der sogenannten passiven Checkfähigkeit abstrahirt. Nach dem Civ. Code of New York genügt Bezeichnung des Bezogenen als Bankier.[54a]) Viele Autoren haben sich gleichwohl, und nicht nur aus wirthschaftlichen Gründen de lege ferenda, sondern auch de lege lata für die Beschränkung, also zu Gunsten des englischen Systems erklärt[55], hauptsächlich im

[48]) Einen mündlichen Check giebt es so wenig als einen mündlichen Wechsel. Vgl. die Citate, Zeitschr. I p. 426 Note 1, denen noch hinzuzufügen Ital. C. d. c. 340, Schweiz O.R. 830. Engl. Bills of Exch. Act. s. 73 Abs. 2 in Verbindung mit s. 3 „order in writing". Story § 487, Gallavresi p. 156 ff.; auch Kapp definirt nach n. 51 den Check als eine schriftliche Anweisung: vgl. aber doch auch vor n. 199 „Im weiteren Sinne des Wortes ist jeder beliebige mündliche oder schriftliche Zahlungsauftrag . . . ein Check."

[49]) Ueber den Quittungscheck vgl. unten bei Not. 90 ff.

[50]) Technische Details über die Einrichtung des Checkbuchs vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 427 und die dort Not. 4 Citirten.

[51]) Vgl. die Citate in Zeitschr. f. v. R.W. I p. 446. Engl. B. of E. A. s. 73,

[52]) So Holland und Malta; vgl. Zeitschr. f. v. R.W. a. a. O. Not. 24 u. 25, aber auch Not. 29 u. p. 136 ff. Die Zahl der „Kassiers" soll in Holland sich höchst vermindert haben.

[53]) Ital. C. d. c. 339: „presso un istituto di credito o presso un commerciante." Der Kommissionsentwurf war sogar noch weiter gegangen und hatte gar kein Erforderniss für die Person des Bezogenen aufgestellt. Mittermaier Zeitschr. XXIX p. 160 ff.

[54]) Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 446 Not. 27 u. 28. Schweiz. Obl.R. 830. Ebenso schon die alte Amsterdamer Keure v. 1776. Auch nach älterem englischen Recht scheinen gestempelte Checks auf Nichtbankiers vorgekommen zu sein; vgl. Hulshoff p. 84 u. auch Shaw p. 6 u. 7.

[54a]) § 1825. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 450. Mittermaier Zeitschr. XXVIII p. 173 Not. 2.

[55]) Munzinger p. 397 ff., Mittermaier, Zeitschr. X p. 1 ff., XXVIII p. 172 u. XXIX p. 161 u. 495, Knies II 1, p. 274 ff., 283, Funk, Quest. p. 15 ff., Bunzl p. 11 ff., Leonhardt p. 10 ff., Thorwart a. a. O., Lyon-Caen Nr. 18, Gareis p. 488, Kapp Not. 103. Ueber Koch vgl. unten Not. 57. Einzelne Autoren (Munzinger, Funk) gehen de lege ferenda sogar so weit, dass sie nicht einmal jeden Privat-Bankier,

Hinblick darauf, dass England die Wiege, wie das Land der höchsten Blüthe des Instituts sei. Der letztere Umstand kann für die Begriffsbestimmung nicht allein entscheiden, der erstere ist nicht einmal ganz zutreffend.[56]) Es erscheint willkürlich,[56a]) die Gesetzgebungen des Kontinents für Verirrungen, den belgisch-französisch-italienisch-schweizerischen Check für einen entarteten Check zu erklären.[57]) Nicht jede Anweisung auf eine Bank ist ein Check, nicht jeder Check ist eine Bankanweisung.[58]) Uebrigens wird Jeder, er sei sonst Notar, Kassirer, Waarenkaufmann oder Privatmann, dadurch, dass er Checks gewerbsmässig auf sich ziehen lässt, zum Bankier.[59]) Die Bankierseigenschaft wird nicht bei der Beziehung mit Checks vorausgesetzt, sondern vielmehr unter Umständen durch dieselbe begründet.

b. Ein Deposit ist nicht unerlässlich.[59a]) Zwar verlangt die französische, belgische und schweizerische Gesetzgebung eine „provision préalable" resp. „Deckung"; jedoch nimmt die Jurisprudenz dieser Länder,[60]) wie auch Italiens[60a]) an, dass

---

sondern nur Depositenanstalten resp. Banken als Bezogene zulassen; vgl. dagegen Zeitschr. f. v. R.W. I p. 461. Koch, Giroverkehr p. 31 Not. 75 u. 76. Gallavresi p. 125, Thorwart a. a. O.

[56]) Vgl. oben bei Not. 8a.

[56a]) Ebenso willkürlich, als um historischer Erinnerungen halber, etwa den Wechsel auf Distanztratten der Campsoren oder Kaufleute zu beschränken, Wechsel auf andere Personen, resp. Platztratten aber als entartete Wechsel zu bezeichnen. — Vgl. Kapp nach Not. 9: „Thatsächlich verhält sich der kontinentale Check zum englisch-amerikanischen nicht anders, als etwa der unechte (?) Wechsel zum echten."

[57]) Die Beschränkung auf Bankiers findet sich nicht in den Definitionen Birnbaums p. 10 u. 11 u. Siemens p. 24 (vgl. aber auch de lege ferenda p. 6 resp. 17); gegen die Beschränkung auch der Entwurf der Mannheimer Handelskammer, der Reichsbank, des Handelstags und der Braunschweiger Vers., sowie Bayerdörffer p. 6 ff., Roztocil p. 389 Not., Gallavresi p. 123 ff., Chastenet p. 76 ff., auch Koch (de lege ferenda) Checkges. p. 24 u. Gutachten p. 27, freilich aber auch (de lege lata) Giroverkehr p. 5 u. Rechtslex. p. 464.

[58]) „Bankanweisung" als Uebersetzung für Check bei Munzinger a. a. O. u. Mittermaier, Zeitschr. X p. 1 ff.; das portug. H.G.B. hat den Doppelnamen: „Cheque o mandado sobre banqueiro;" ebenso die Ordn. von Malta: „Mandati o cheques sopra banchieri;" ebenso der ital. C. d. c. 339: „assegno bancario (check)". Dass der ital. Gesetzgeber hierbei seiner eigenen Begriffsbestimmung zuwider verfährt, vgl. oben Not. 53; für inexakt erklären diese ital. Nomenklatur mit Recht Fornari p. 140 ff., Marghieri p. 179. Gallavresi p. 113 Not. 4.

[59]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 450. Vgl. übrigens auch Kapp nach n. 192: „Wer gewerbsmässig Kassenverwaltungsgeschäfte betreibt, ist Bankier." Ueber die Unbestimmtheit des Bankierbegriffs vgl. Koch, Checkges. p. 24 bei Not. 66, Gutachten p. 27 Not. 5 u. oben § 427 Not. 48 ff., § 430 n. 15 ff., § 433 n. 7 u. § 443 n. 13 ff. Barclay p. 198 ff., Funck, Quest. p. 19 u. Leonhardt p. 11 ff., bes. p. 12 Not. 1.

[59a]) Nur der ital. Entwurf 351 verlangte wirklich „somma di danaro che esiste in deposito presso la banca". Gallavresi p. 80 Not. 6.

[60]) Frankreich: „retrait" des fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles (Art. 1) provision prealable (Art. 3 u. 6), et disponible (Novelle A. 6). Belgien: fonds disponibles; provision préalable. Vgl. aber Lyon-Caen 1347 n. 2 a. E.: „On peut admettre qu'il y a provision quand le tiré a ouvert un crédit au tireur et consenti a ce que celui-ci usât de ce crédit au moyen de chèques." Alauzet Not. 1586 „soit même que le tiré ait pris l'engagement d'en faire l'avance".

auch die Ausstellung eines Checks Seitens einer Person, der der Bezogene einen Credit eröffnet habe, eine gedeckte sei. Vom portugiesischen Recht ist sogar ausdrücklich,[61]) vom englischen immerhin stillschweigend[62]) gestattet, dass Checks auf Kredit gezogen werden, also ohne dass der Aussteller die gleiche oder überhaupt eine Summe bei dem Bezogenen deponirt oder aus sonstigen Rechtsgeschäften bei ihm stehen hat. Thatsächlich kommen auch in England und in Amerika Kreditchecks ziemlich häufig vor.[63]) Nicht jede Anweisung auf ein Depot oder auf eine Schuld ist ein Check,[64]) nicht jeder Check ist eine Depotanweisung.[65])

Der Check ist auch nicht eine Anweisung auf ein **fingirtes** Depot, wie die anglo-amerikanische Jurisprudenz es annimmt;[66]) das fingirte Depot ist im Falle des Kreditchecks in Wahrheit gar kein Depot; die Fiktion ist überdies unnöthig, da es, wie unten zu zeigen, ein anderweitiges und nicht blos fingirtes, sondern wirkliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Check und Anweisung gibt.

Nicht unzweideutig ist es, den Check als eine Anweisung auf das **Guthaben**

Schweiz. Obl.R. 837 „für den angewiesenen Betrag Deckung zu besitzen." Vgl. aber Hafner n. 3 zu A. 831.

[60a]) Ital. 339: „somme di danaro disponibili;" vgl. dazu Gallavresi p. 133 ff., besonders p. 139. Vgl. auch Mittermaier Zeitschr. XXVIII p. 170 ff.

[61]) Art. 430.

[62]) Nach Behrend, Gutachten p. 40 stellt die Wechselakte von 1882 jenes Erforderniss der Deckung „wohl nur deswegen nicht auf, weil in England Niemand bezweifelt, dass dasselbe zu den Bedingungen eines gesunden Checkverkehrs gehört." Das Letztere ist richtig, wenn man nur statt gesund regelmässig setzt; dass Ausnahmen von der Regel vorkommen, vgl. Not. 63 und die Definition von Shaw p. 1: „drawn upon a banker by his customer, and generally, but not always, against funds lodged with the banker."

[63]) Koch, Checkges. Not. 68. Zahlreiche Citate, Zeitschr. f. v. R.W. I p. 458 ff. Not. 25—32, Roscher III §. 74. Vgl. unten Not. 69.

[64]) Vgl. unten bei Not. 85, Zeitschr. f. v. R.W. III p. 75 ff., Birnbaum p. 7.

[65]) Für den Kreditcheck Goldschmidt § 109 p. 1223, (unten n. 69). Funk p. 16 und Questionnaire p. 22, Gareis p. 488, Knies p. 276 ff., Bunzl p. 13, Koch, Gutachten p. 28 Not. 3, Thorwart a. a. O. Mittermaier Zeitschr. X p. 13, XXVIII p. 170 ff., XXIX p. 161 u. 496. Vgl. noch Vhdlgn. des Deutschen Handelstags p. 24 u. 27, Leonhardt p. 17, Bayerdörffer p. 13, aber auch p. 42, Ber. d. Braunschw. Conf. p. 14.

[66]) „They are always supposed to be drawn upon a previous deposit of funds." Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 457 Not. 19, III p. 79 Not. 4, ganz besonders Daniel p. 531 § 1569: „A check purports to be drawn upon a deposit. It is frequently said that a check is drawn upon a deposit in the banker's hands: and the fact that it is so drawn, has been held necessary to constitute the draft a check. But this cannot be the true criterion. It is not the fact that the order is actually drawn on a deposit, but the fact that it purports to be so drawn, which constitutes it a check; and it is more accurate to say that it is upon its face a draft upon a deposit. To hold otherwise would authorize the construction of a written contract by the light of an extraneous fact of which the holder had no notice. If there were no deposit, it would be a fraudulent check — but a check, nevertheless — and we cannot conceive of a wider departure from principle than to hold that the fraud varied the nature of the instrument itself."

des Anweisenden zu bezeichnen,[67]) denn das Wort Guthaben ist „elastisch".[68]) Die Bezeichnung ist dann, aber auch nur dann zutreffend, wenn man das Wort in seiner weitesten Bedeutung nimmt und darunter jede zur sofortigen Verfügung stehende Summe versteht, insbesonders also auch den Anspruch aus dem pactum de mutuo dando ein Guthaben zu nennen sich entschliesst.[69])

c. Dass der Check bei **Sicht** zahlbar, fordern in der That viele Gesetzgebungen[70]) und die meisten Schriftseller.[71]) Gleichwohl gibt es auch Nichtsichtchecks. Die italienische Gesetzgebung lässt wenigstens befristete Sichtchecks, die portugiesische sogar Tagchecks ausdrücklich zu[72]), und in der amerikanischen Judikatur sind nicht nur die letzteren, sondern auch Tag- und Datochecks als Checks wiederholt anerkannt worden.[73]) Auch das holländische und österreichische Gesetz enthalten keine Beschränkung der Verfallzeit.[74]) Nicht jeder Check also ist ein Sichtcheck, nicht jede Sichtanweisung ist ein Check.

d. Die Benutzung von Blanketten ist zwar üblich und der Vorsicht halber nützlich, nichtsdestoweniger aber, vom österreichischen Stempelgesetze abgesehen, von keinem Staat als Essentiale gefordert worden.[75])

Der Check unterscheidet sich von der Anweisung durch das Erforderniss der **vertragsmässigen Ermächtigung** des Ausstellers seitens des Bezogenen zur Aus-

[67]) So das deutsche Wechselstempelgesetz, Roscher III § 74, Siemens p. 24, der 11. deutsche Handelstag (Vhdlgn. p. 29), Wächter p. 171. Gegen den Ausdruck die Braunschweiger Conferenz, vgl. Bericht p. 13 u. 14.

[68]) So Koch, Giroverkehr p. 31. Behrend p. 41 hebt hervor, dass sich der Begriff des Guthabens nicht anders als von Fall zu Fall feststellen lasse. Vgl. auch Funk, Quest. p. 22. Landgraf p. 5.

[69]) Goldschmidt a. a. O.: „auf den Belauf seines Bankguthabens oder des ihm eröffneten Bankkredits ausstellt und mittelst deren er sein Guthaben bez. seinen Kredit realisirt." Vgl. auch Roscher a. a. O.: „weil ein sehr grosser Theil der sogen. Guthaben wirklich nur in Darlehen besteht, welche die Bank ihrem Kunden zur Verfügung gestellt, dieser letztere jedoch einstweilen der Bank als Depositum belassen hat." Vgl. oben § 433 Not. 30. Vhdlgn. des 11. Handelstags p. 24 (Antrag des Correferenten): „bei welchem der Aussteller ein Guthaben oder Credit hat."

[70]) Frankreich Nov. A. 5 a. l. 5. Engl. Bills of Exchange Act. s. 73 u. 10. Belg. Art. 1. 2 ff. Ueber Malta und Kanada vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 481 ff. Not. 3 u. 18. Das Schweiz. O.R. 833 erklärt den Check sogar dann auf Sicht zahlbar, wenn er eine andere Bestimmung über die Verfallzeit enthält. Auch die Entw. v. Mannheim, Braunschweig und die Resolution des Handelstages nehmen die Sichtzahlbarkeit in die Definition auf.

[71]) Koch, Giroverkehr p. 5 u. 32, Gutachten p. 27, Funk p. 12, 14 u. Quest. p. 26, Bayerdörffer p. 11, Touzaud p. 191, Bunzl p. 9, Leonhardt p. 18, Siemens p. 24, Knies II p. 274, Birnbaum p. 10, Kapp Not. 216. Daniel p. 533 bezeichnet die Sichtzahlbarkeit als den Probirstein („the touchstone by which a check is tested") u. 537. A. M. wol Gareis a. a. O., Vidari, Studii p. 387, Munzinger p. 415, vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 481—487. Vgl. auch unten bei Not. 107. Mittermaier Z. X p. 9 u. 20, XXIX p. 496.

[72]) Ital. 340 Abs. 3: „puo essere pagabile a vista o in un termine non maggiore di dieci giorni da quello della presentazione." Port. 431.

[73]) Citate bei Daniel p. 534 u. 535: er hebt hervor, dass die hohe Autorität von Story und Sharswood die von ihm bekämpfte Ansicht der Gültigkeit solcher Checks unterstütze. Gegen die Gültigkeit dieser „titres métis (mongrel) selon le langage des Americains", vgl. auch Touzaud p. 167 Not. 2.

[74]) Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 482.

[75]) Behrend p. 40, Kapp Not. 58 ff. Czelechowsky p. 246. Funck, Quest. p. 25.

stellung von Checks.[76]) Kein Check ohne **Checkvertrag.**[77]) Der Checkvertrag ist derjenige Vertrag, durch welchen der eine Kontrahent sich verpflichtet, gegen Aushändigung der von dem anderen Kontrahenten nach Massgabe besonderer Instruktion ausgestellten Zahlungsanweisungen (Checks) unbeschränkt oder bis zu einem bestimmten Betrage Zahlung zu leisten. Als Maximum wird meist der Betrag des jeweiligen Depots oder Guthabens des Ausstellers vereinbart sein; doch kommen nicht selten auch andere Abreden vor, so z. B. dass das Maximum um eine bestimmte Summe hinter jenem Betrage zurückbleiben müsse,[78]) oder dass der Aussteller jenen Betrag um eine gewisse Summe überschreiten, oder dass überhaupt ohne Guthaben auf limitirten oder illimitirten Checks gezogen werden dürfe. Innerhalb der vertragsmässigen Grenzen darf der Aussteller, wenn dies der Checkvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen, Checks in beliebigen Raten ziehen; die **Zerstückelungsbefugniss** darf als durch den Checkvertrag präsumtiv eingeräumt gelten.[79])

Der Checkvertrag schliesst sich meistens als Nebenabrede einem Depositalvertrage und oft, aber keineswegs stets, einem Kontokorrentvertrage[80]) an; er kann sehr wohl auch in Verbindung mit anderen Verträgen oder ganz selbständig auftreten.[81]) Ueblich ist Schriftform und die Aushändigung des

---

[76]) Auch Kapp hebt bei n. 179 hervor, dass der Bankier ein allgemeines Zahlungsmandat bei Eröffnung der Geschäftsverbindung empfängt und annimmt; vgl. unten Not. 81 a. E.

[77]) A. M. Birnbaum p. 7: „Das Verhältniss zwischen Aussteller und Bankier setzt aber nicht nothwendig den Abschluss eines Vertrages voraus; es kann auch ohne besondere Vereinbarung durch die Art des Geschäftsverkehrs zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen begründet werden.“ Einer besonderen Vereinbarung bedarf es allerdings nicht, aber doch einer Vereinbarung, einer Willensübereinstimmung, die aus der „Art des Geschäftsverkehrs“ sich in der That ergeben kann; vgl. unten Not. 82 ff. Vgl. Braunschw. Conferenz p. 13 u. 17, Zeitschr. XXVIII p. 171 Not. 1.

[78]) Die Verpflichtung, eine unangreifbare Reserve („a good balance“) zu halten. Vgl. Hartung p. 25, Simonson p. 142, 146.

[79]) Zeitschr. f. v. R.W. III p. 80. Daniel p. 534 „agrees to pay it in whole, or in parcels“.

[80]) Zeitschr. f. v. R.W. III p. 179, Endemann, Zeitschr. f. H.R. IV. p. 206: „Die laufende Rechnung über Zahlungen in Folge von Anweisung auf Schuld ist kein Kontokorrent.“ Vgl. übrigens Kapp Not. 190. Bayerdörffer p. 12 u. 17.

[81]) Kapp nach n. 156 ff. bekämpft die Hervorhebung eines einzelnen Moments des zwischen dem Aussteller und Bezogenen bestehenden Verhältnisses; das letztere sei allgemeineren Inhalts, indem es einerseits neben dem aus dem Check hervorgehenden noch andere Rechte und Pflichten der Kontrahenten ordne und andrerseits nicht blos die Befugniss zur Ausstellung von Checks, sondern zur Ausstellung von Zahlungsaufträgen überhaupt einräume; der Vertrag bilde eine Unterart des banktechnisch sog. Depositengeschäfts und könne als Kassenverwaltungsgeschäft (nach n. 192) bezeichnet werden; der Bankier übernehme dabei (n. 158) die Verpflichtung zur Kassenbewahrung und Kassenführung; der Vertrag setze sich juristisch aus Darlehn und Mandat zusammen. Die Mandatsnatur äussert sich nach Kapp in der generellen Verpflichtung des Bankiers, den Zahlungsaufträgen des Kunden nachzukommen (nach n. 141): das allgemein ertheilte und ebenso angenommene Zahlungsmandat setze gewisse Rückzahlungsmodalitäten des vom Kunden gewährten Darlehns fest (nach n. 178); hierzu geselle sich als Nebenabrede ein vom Kunden generell ertheiltes und vom Bankier ebenso angenommenes Einkassirungsmandat (nach n. 180). Kapp erhebt

Checkbuchs. Der Vertrag ist aber auch ohne sie, mündlich und formlos geschlossen, gültig.[82]) Auch aus konkludenten Thatsachen kann der Abschluss gefolgert werden; in der Einlösung eines oder einzelner unermächtigt gezogener Anweisungen kann unter Umständen, bei Depot insbesonders, aber auch bei Kreditirung,[82a]) Abschluss eines Checkvertrages gefunden werden.

Das Erforderniss des Checkvertrages liegt den Bestimmungen der französischen Gesetzgebung zu Grunde, nur dass die eigentlich intendirte „convention préalable" sehr inkorrekt durch das Erforderniss einer „provision préalable et disponible" ersetzt worden ist.[83]) Checkvertrag und Disponibilität sind keineswegs identisch: jeder Checkvertrag berechtigt **mittelst Checks**[84]) über den disponiblen Betrag zu verfügen; blosse Disponibilität ohne Checkvertrag berechtigt dagegen wohl, Zahlung zu verlangen, nicht aber nothwendig auch, Zahlung gegen **Checks** in zerstückelten Beträgen der disponiblen Summe zu fordern; denn es besteht für den Schuldner an sich keine Rechtspflicht zu Theilzahlungen.[85]) Einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag zwischen Aussteller und Bezogenem setzen auch wohl diejenigen Gesetzgebungen voraus, welche den Check als die Anweisung des Ausstellers auf seinen Bankier[86]) oder seinen Kassirer[87]) auffassen. Der Check ist sonach die schriftliche auf Grund einer Ermächtigung des Bezogenen ausgestellte Zahlungsanweisung.

5. Der Check ist nach englisch-amerikanischem Recht eine Art des Wechsels; nach den kontinentalen Rechten[87a]) und insbesondere nach deutschem, schweizerischem und italienischem Recht ist er es nicht. Denn wenn auch Wechsel mit vorgängiger Genehmigung des Trassaten oft gezogen werden, und wenn auch andererseits Checks äusserlich dem Wechsel ziemlich nahe kommen

indess, wie so Viele in dieser Lehre, das Gewöhnliche zum Nothwendigen; wie sollte der Vertrag, auf Kredit Checks ziehen zu dürfen, eine Pflicht zur Kassenbewahrung begründen oder gar ein Darlehn des Kunden an den Bankier darstellen? und giebt es nicht zahlreiche Bankkunden, die sich der Bank niemals zum Incasso bedienen? Man denke nur an Beamte, die ihr Gehalt persönlich empfangen und nur dieses Gehalt, das vielleicht ihr einziges Einkommen, deponiren, um Cheks darauf zu ziehen.

[82]) Zeitschr. f. v. R.W. III p. 77. Daniel p. 592 Not. 1.

[82a]) Kapp Not. 211.

[83]) Oben Not. 60. Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 453—456 und die dort besonders Not. 9—12 Citirten.

[84]) Jahrbuch f. Nat.Oek. a. a. O. p. 478. Dass es hierauf gerade wesentlich ankommt, bestätigt Koch, Checkges. p. 24 Not. 66. Vgl. auch Funk, Quest. p. 5 Art. 1 u. p. 21, Hafner n. 3 zu A. 831, Schwz Obl.R., Braunschw Bericht p. 131, Bayerdörffer p. 15, wohl auch Leonhardt p. 18; anderer Meinung ist Bunzl p. 14.

[85]) Zeitschr. f. v. R.W. III p. 75. Vgl. auch Birnbaum p. 7 u. oben § 445 n. 73.

[86]) Portugal 430: „da ao seu respectivo banqueiro." Bez. des engl. Rechts vgl. Walker p. 58: „made by a party having a right to call on the other to pay", auch p. 28: „The relation between a banker and his customer is that of debtor and creditor, with the obligation superadded that the banker is bound to repay his debt when called for by the draft of the customer." Hulshoff p. 30 ff. u. auch 155.

[87]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 461.

[87a]) Obgleich sie ihm oft wechselrechtliche Wirkungen beilegen. Kapp n. 19, Hulshoff p. 62—83. Am weitesten geht das englisch-amerik. Recht, Kanada 2354, New-York 1826 und das Schweiz. Obl.R., 836, indem sie die Bestimmungen über den ge-

können, wenn endlich auch der Aussteller des Checks, wie der Wechselaussteller die Zahlung durch den Bezogenen verspricht und aus dem Papiere selbst zumeist haftet,[87b]) so bleibt doch nach deutschem, italienischem und schweizerischem Recht[87c]) der nicht zu verwischende Unterschied der Selbstbezeichnung der Wechselurkunde als Wechsel. Eine Urkunde ohne Wechselklausel ist nach deutschem, schweizerischem und italienischem Recht nie ein Wechsel, möglicherweise ein Check; eine Urkunde mit derselben ist ein Wechsel, aber nie ein Check, selbst wenn sie auf Depot vertragsmässig gezogen ist: denn in der Wahl des Wortes Wechsel dürfte für Deutschland[87d]) der Wille des

---

zogenen Wechsel, insoweit sie nicht in Widerspruch mit den Spezialnormen über den Check oder mit dem Handelsgebrauch (Kanada) stehen, auch für den Check für anwendbar erklären. Das franz. Gesetz Art. 4 bezeichnet dagegen nur diejenigen Bestimmungen des Wechselrechts für anwendbar, die sich auf die solidarische Haftung des Ausstellers und der Indossanten, den Protest und die Ausübung der Regressklage beziehen; das Belg.Ges. Art. 3 erklärt ausser diesen noch für anwendbar die Bestimmungen über den Aval, die Intervention, über verlorene Wechsel, über das Protestsurrogat der Zahlungsweigerungsdeklaration und über die Verjährung. Das Ital. Gesetz Art. 341 geht zum Theil noch weiter; alle Bestimmungen über Giro, Aval, Unterschriften nicht wechselfähiger Personen, über falsche und gefälschte Unterschriften, Verfallzeit, Zahlung, Protest, Wechselklage gegen Aussteller und Giranten, sowie über verlorene Wechsel sollen auf die Checks Anwendung finden, dagegen sind, ausser dem Accept, die Duplicate und Copien hierbei nicht genannt. Vgl. hierüber und über eine Reihe streitiger Fragen Lyon-Caen 1360, Gallavresi p. 148—154, 205—240, 252 ff. Ueber Portugal vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 143 ff., Mittermaier Zeitschr. X p. 26 ff., Hulshoff p. 76; über Holland Hulshoff p. 80—83.

[87b]) Kapp betont dies n. 4 ff. nachdrücklichst und definirt deshalb nach n. 51 den Wechsel als Anweisung mit hinzutretendem Wechselversprechen des Ausstellers, im Anschluss an Thöls entsprechende Definition der Tratte § 331. Allerdings gibt der Check-Aussteller meist ein Summenversprechen ohne Gegenversprechen; allerdings ist das Wechselversprechen ein solches Summenversprechen; daraus folgt aber immer noch nicht, dass jedes Summenversprechen ohne Gegenversprechen auch schon ein Wechselversprechen ist. Sonst müsste es mündliche Wechsel geben können, müsste jede vom Aussteller garantirte Anweisung, jeder vom Zahlenden garantirte Koupon, jede Banknote ein Wechsel sein. Das Unterscheidende zwischen Wechsel- und Summenversprechen ist die solenne Form, insonderheit das Wort Wechsel. Vgl. auch Mittermaier, Zeitschr. X p. 17, Koch, Checkgesetz p. 16 u. 23, Birnbaum p. 6. Vgl. übrigens unten Not. 95, 144 u. 153 ff.

[87c]) Im holländ. Recht ist das Kassierspapier stets, der Wechsel nie auf den Inhaber gestellt. In Frankreich bestehen zwar mehrere Unterschiede in der Wirkung des Checks und Wechsels, auch ist formell manches nur dem Wechsel, manches nur dem Check obligatorisch (z. B. dem Wechsel die Valutenklausel und Ordrestellung, dem Check das Zeitdatum in Buchstaben); es besteht aber kein formelles Erforderniss des Wechsels, das nicht auch bei dem Check sich finden dürfte und umgekehrt; der franz. Jurisprudenz fehlt daher ein festes Kriterium für die Entscheidung der Frage, ob eine Urkunde ein Check oder ein Wechsel sei; vgl. Lyon-Caen 1363 u. 1364: „on ne peut poser de règle absolue. Il est raisonnable de supposer que les parties ont voulu agir régulièrement. Si donc le titre n'est revêtu que d'un timbre fixe, on présumera que c'est un chèque, il en sera de même, si la mention de la valeur fournie est omise.“ Schw. O. R. 722, 830 u. 839. Ital. C. d. c. 251.

[87d]) In Schweden freilich bezeichnen sich Checks selbst als „Sola-Vexel“. Z. f. v. R.W. I p. 160.

Ausstellers, einen Nichtcheck auszustellen, zu finden sein. Dagegen ist es nach Deutschem Recht nicht ausgeschlossen, dass eine Urkunde mit der Anweisungsklausel ein Check,[87e]) und umgekehrt eine Urkunde mit der Checkklausel eine Anweisung, auch eine partikularrechtlich kaufmännische Anweisung ist.

Wirthschaftlich unterscheidet sich der Check vom Wechsel dadurch, dass der Check „nur eine einfache Verschiebung in der Person des Zahlungsleisters bezweckt", während der Wechsel „ein Kredit- und Umlaufspapier ist, durch welches namentlich auch" (obwohl weder stets, noch ausschliesslich) „die Raumdifferenz zwischen dem Ausstellungs- und Zahlungsort überwunden wird."[87f])

6. Der Check muss enthalten:

a. einen Zahlungsauftrag.[87g]) Der Zahlungsauftrag ist in der Regel direkt ertheilt durch die Worte „N. N. wolle zahlen"[88]) oder „Zahlen Sie" oder eine gleichbedeutende Formel. Doch kommen in Holland vielfach,[89]) in Frankreich nicht ganz selten[90]) und immerhin auch noch in Deutschland[91]) Aufträge vor, die sich unter einer in Erwartung der Zahlung ausgestellten Quittung verbergen, (sogen. **Quittungscheck,** chèque - reçu, récépisse, holl. Kassierspapier).

b. die Unterschrift[92]) des zur Ausstellung vertragsmässig Berechtigten, des Ausstellers,

c. die Bezeichnung[93]) des zur Einlösung vertragsmässig Verpflichteten, des Bezogenen,

---

[87e]) Sogar ein steuerfreier; vgl. das Schreiben des Provinzialsteuerdirektors zu Berlin v. 3. Januar 1884 bei Behrend p. 45 Not. Vgl. auch Munzinger p. 420. Viel zu generell erklärt Mittermaier Z. X p. 19 den Check stets für eine bes. Art der kaufmänn. Anweisung.

[87f]) So Koch, Gutachten p. 3. Vgl. unten bei Not. 106 a.

[87g]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 430—439, Kapp Not. 79—96. Vgl. aber auch das Formular der Züricher Bank (bei Munzinger p. 406): „Von meinem Guthaben überlasse ich ...".

[88]) So bei der Berliner Abrechnungsstelle. Das Formular bei Koch, Abrechn. p. 40 lautet: Die p. p. bzw. Herr p. p. (Name des zahlenden Hauses) in Berlin wolle zahlen gegen diesen Check aus meinem (unserem) Guthaben an . . . oder Ueberbringer M. . . . . den . . ten . . . . 188 . Umschreibungsaufträge (sogen. rothe Checks) sind keine Checks. Englisch-amerik. Formulare bei Kapp, bei n. 82.

[89]) Vgl. darüber Zeitschr. f. v. R.W. I 135 n. 3.

[90]) Lyon-Caen 1365—1367; ihm ist der Quittungscheck nur ein widerrufliches Mandat, das auch durch den Konkurs des Ausstellers aufgehoben werden kann. Vgl. noch Zeitschrift f. v. R. I p. 148 ff., Koch, Gutachten p. 11 u. 12 Not. 4—6 u. p. 28. Touzaud p. 151 ff., Munzinger p. 407 ff.

[91]) So z. B. noch bei der Frankfurter Bank. Kapp nach n. 96. Der weisse Check der Reichsbank war früher Quittungscheck. Er lautete: „Von der Reichsbank in Berlin M. . . auf Girokonto erhalten. . . ." Jetzt haben die Reichsbank und alle Mitglieder der Berliner Abrechnungsstelle sich verpflichtet, Checkformulare nur in der Not. 88 mitgetheilten Fassung auszugeben. Behrend p. 32 erklärt zwar die Bezeichnung des Quittungschecks als „forme menteuse" seitens der franz. Juristen für berechtigt; doch „solle damit nicht seine Unstatthaftigkeit behauptet werden." Vgl. auch oben II p. 151 Not. 11 u. p. 198 (Brunner), Kapp n. 83 ff., Siemens p. 19 ff., Vhdlgn. des Handelstags p. 24, Simonson p. 246 ff.

[92]) Frankreich Art. 1, Belgien 2, Italien 340. Schweiz 830 Z. 3. England s. 73 u. 3, Zeitschr. f. v. R.W. I p. 443 u. 445, Kapp n. 98 ff. Vgl. aber auch Touzaud p. 101: „M. Stiles invite Msrs. Holdfast à payer."

[93]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 445 Not. 15, Nouguier p. 64, Daniel p. 539, 540, Kapp n. 102, Schweiz 830 Z. 5, England s. 73 u. 6. Trassirt-eigene Checks werden

d. die Angabe der zu zahlenden Geldsumme.[94])

Nur diese Erfordernisse sind für die **Form** der Urkunde in Wahrheit **essentiell**.

Einzelne Gesetze fordern darüber hinaus noch einige Angaben, die jedoch nicht allgemein und, bei dem Schweigen der deutschen Gesetzgebung, insbesondere nicht in Deutschland als nothwendige Bestandtheile eines Checks erachtet werden können. Zu diesen **nicht essentiellen** Angaben gehört:

a. die sehr übliche und empfehlenswerthe Checkklausel, die indess bisher nur vom Schweiz. Obl.R. gefordert ist;[95])

b. das Orts- und Zeitdatum, obschon eine ganze Reihe von Gesetzgebungen[96]) es fordern; das Zeitdatum wird zum Theil sogar (aus stempelfiskalischen Gründen) in Buchstaben gefordert; die englische Akt und die amerikanische Praxis[97]) erklären den undatirten Check für gültig. Auch der unrichtig datirte Check ist ein Check;[98])

c. die Angabe dessen, dem gezahlt werden soll.[99]) Die Stellung auf den Inhaber ist nur dem holländischen Kassiers-Papier essentiell;[100]) die übrigen Rechte[101]) gestatten die Ausstellung des Checks entweder an den Inhaber[102])

---

von der franz. Praxis als unstatthaft angesehen; früher auch seitens der engl. Praxis; vgl. jetzt aber s. 73 u. 5 (2).

[94]) Portugal 430, Malta 245, Italien 340; Schweiz 830 Z. 2 fordert die Angabe der Geldsumme sogar in Buchstaben. England s. 73, 3 u. 9 Kanada 2349, Holland 210 und 223. Implicite ist die Angabe erfordert auch in Frankreich, Belgien, Deutschland und Oesterreich, vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 440 Not. 1. Lyon-Caen 1334. Vgl. auch Kapp Not. 131 ff. Ueber Checks, die nicht auf Geldzahlung, sondern auf ein dare fungibler Werthpapiere gehen, sogenannte Effektenchecks vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I. p. 441. Gegen dieselben Kapp Not. 142; sein Argument, dass nur ein Geldversprechen ein Wechselversprechen sein könne, ist für den Check nicht zwingend, übrigens nicht überall ausserhalb Deutschlands (vgl. z. B. Italien 333 „ordine in derrate è una cambiale") zutreffend. Vgl. noch Vhdlgn. des Handelstags p. 24. 27, Funck, Quest. p. 37 u. Geschäfts-Ordn. des Berl. Kassenvereins §§ 6, 14 ff. in Zeitschr. f. H.R. XXVIII p. 587 ff. u. Simonson p. 142 ff.

[95]) Kapp n. 60 nennt die Checkklausel als erstes der für den deutschen Check analog der Tratte aufzustellenden 9 Erfordernisse; doch wohl nur de lege ferenda. De lege lata ist die Checkklausel weder ein Surrogat der Wechselklausel, noch ein Erforderniss des Checks. Vgl. noch Behrend p. 40 und oben Not. 87c ff. Vgl. noch Reichsbank-Entwurf § 1, Leonhardt p. 10, Braunschw. Conf. p. 15.

[96]) Holland 221 u. 210, Frankreich A. 1 und Nov. A. 5, Belgien A. 2, aber auch A. 4 (Zeitschr. XX p. 116), Malta 245, Italien 340, Schweiz 830 Z. 4. Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 472—481, Kapp Not. 64 ff, der wieder wegen der Analogie des Wechsels für die Datirung eintritt. Bayerdörffer p. 41, Braunschw. Conf. p. 15.

[97]) Engl. B. of Exch. Act. s. 73 Abs. 2 und s. 3 Nr. 4[a]. Ueber Amerika vgl. die Citate bei Kapp Not. 64—72. Datum erfordert nicht Canada 2349.

[98]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 475—477, Kapp Not. 73—77. Gegen die Gültigkeit des falsch datirten Checks nach holländ. Recht Hulshoff p. 123 (a. M. Diephuis p. 302 ff.), nach französ. Recht Bédarride p. 37, Nouguier p. 225 (vgl. aber auch p. 124); vgl. noch Lyon-Caen Nr. 1337 n. 1 u. 1048 bei n. 2. Das franz., belg. und ital. Recht bedroht die falsche Datirung mit Strafe. Vgl. noch Zeitschr. XXIX p. 162 u. 496.

[99]) Verfasser hat die Angabe des Remittenten früher in Zeitschr. f. v. R.W. I p. 467 und 472 für essentiell erklärt; so auch jetzt Kapp n. 105. Vgl. aber unten Not. 102a.

[100]) Näheres Zeitschr. f. v. R.W. I p. 135 und 468 ff.

[101]) Frankreich A. 1, Belgien 2, Kanada 2349, Malta 245, Schweiz 832. Ueber den Rektacheck vgl. Hafner zu A. 832 Not. 2 und das Not. 39 citirte Berner Erkenntniss.

oder an eine bestimmte Person oder an deren Ordre. „Ist Niemand genannt, an den bezahlt werden soll, so wird Ausstellung auf den Inhaber angenommen.“[102a]) Stellung an eigene Ordre oder zu Gunsten nur des Ausstellers oder zu Gunsten des Bezogenen ist statthaft;[103]) ebenso die sehr übliche Ausstellung zu Gunsten einer bestimmten Person oder des Inhabers;[104])

d. die Angabe des Zahlungsortes;[105]) der ihrer entbehrende Check ist im Zweifel am Ausstellungsorte, und wenn auch dieser fehlt, überall zahlbar.[106]) Ueberwiegt auch der Platzcheck, so sind doch Distanzchecks nirgends verboten;[106a])

e. die Angabe der Zahlungszeit im Check ist von keiner Gesetzgebung gefordert; der Check ohne Angabe der Zahlungszeit ist bei Sicht fällig.[107]) Die Sichtstellung ist Naturale, nicht Essentiale des Checks;

f) ebensowenig verlangt irgend ein Gesetz das Valutenbekenntniss oder die Bezugnahme auf die Deckung (Guthaben, Depot) in der Urkunde,[108])

Auch nach deutschem Reichsrecht sind alle 3 Kategorien statthaft; R.O.H.G. XIX. p. 74, Knies p. 279. Auch die portug. Praxis gestattet sie sämmtlich, entgegen dem Wortlaut des A. 430, der den Inhabercheck auszuschliessen scheint. Sampajo p. 353, Hulshoff p. 104. Die Berliner Abrechnungsstelle lässt Rektachecks zur Skontration nicht zu. Vgl. dazu Koch, Gutachten p. 20 Not. 1 und Kapp n. 114. Gegen den Rektacheck auch Civil code of New-York und ursprünglich Munzinger, auch de lege ferenda Birnbaum p. 28. Vgl. Zeitschr. f. v. R.W. I p. 469 u. unten Not. 109.

[102]) Ueber die Berechtigung zur Ausstellung von reinen Inhaberchecks ohne staatliche Genehmigung in Deutschland vgl. oben II p. 198 ff. (Brunner) und Behrend p. 34.

[102a]) So Schweiz. Obl.R. 832 Abs. 2. In Amerika sind auch Checks an die Ordre einer bestimmten Nummer nicht ungültig, sondern gelten als Inhaberchecks. Daniel p. 532. Vgl. auch Zeitschr. f. v. R.W. I p. 470 Not. 24. Eine Angabe des Zahlungsempfängers fehlt auch dem Quittungscheck.

[103]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 470 Not. 21 ff., Hafner a. a. O.

[104]) Kapp Not. 107 empfiehlt für den „an A oder Ueberbringer“ zahlbaren Check den Namen mittelbarer Inhabercheck und bekämpft die Zeitschr. f. v. R.W. I p. 467 vorgeschlagene Benennung unvollkommener Inhabercheck. Am geeignetsten erscheint es, in Anlehnung an Brunners Nomenklatur (oben II p. 196) ihn als alternativen Inhabercheck (im Gegensatz zum reinen Inhabercheck) zu bezeichnen. Vgl. noch Behrend p. 33.

[105]) Nur das Schweiz. Obl.R. 830 Z. 6 fordert diese Angabe; das Erforderniss fehlt, wie im ital. und belg., so auch („par suite d'un oubli du législateur“) im franz. Gesetz; Le Mercier p. 110. Auch das engl.-amerikan. Recht verlangt sie nicht. Kapp n. 147, Zeitschr. f. v. R.W. I p. 466. Die dort von mir behauptete Nothwendigkeit der Angabe des Zahlungsorts ist (de lege lata) nicht aufrecht zu erhalten.

[106]) Civil Code of New-York § 1723.

[106a]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 479—481, Behrend p. 37, Leonhardt p. 21.

[107]) Vgl. oben Not. 71, Zeitschr. f. v. R.W. I p. 481—487. Mittermaier, Zeitschr. XXIX p. 161.

[108]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 487 ff., Kapp n. 150. Die Berliner Abrechnungsstelle fordert dagegen den Vermerk „aus meinem (unserem) Guthaben“. Auch das Steuerprivileg des Checks ist für abhängig davon erklärt, dass aus dem Check ausdrücklich hervorgeht, dass der Aussteller über sein Guthaben disponirt; vgl. Behrend p. 45 Note. Vergl. auch das Formular bei Munzinger p. 108: „Von meinem Guthaben bei der Bank in Zürich überlasse ich an A ...“

g. der Check ist **stempelpflichtig** in England, Frankreich, Holland, Italien, Oesterreich und einzelnen Kantonen der Schweiz, stempelfrei dagegen in Deutschland, Belgien, vielen Schweizer Kantonen und seit dem Jahre 1883 auch in Nordamerika. Der zumeist sehr geringe Fixstempel ist Bedingung der Gültigkeit anscheinend in England, Portugal und Italien.[109])

7. Der Ordrecheck ist in allen fremden Rechten indossabel, auch in blanco. In Deutschland ist er mit den materiellen Wirkungen des Indossaments nur dann indossabel, wenn er den Voraussetzungen der Art. 300, 301 des H.G.B., oder etwa denjenigen der partikularrechtlichen kaufmännischen Anweisung entspricht.[109a]) Der Inhabercheck kann durch blosse Uebergabe, aber auch durch Indossament übertragen werden.[110])

8. Der **Bezogene** ist **verpflichtet**, die in Gemässheit des Checkvertrages gezogenen Checks zu bezahlen. Diese Verpflichtung besteht jedenfalls dem Aussteller gegenüber;[111]) sie folgt aus dem Prinzip: pacta servanda sunt. Die vertragswidrige Nichteinlösung verpflichtet zum vollen Schadensersatze, unter geeigneten Umständen zur Busse wegen Kreditgefährdung nach §§ 187, 188 des R.Str.G.B.

Auch dem **Inhaber** wird ein direktes Klagerecht gegen den Bezogenen des (nicht acceptirten) Checks fast einspruchslos von der französischen, holländischen, italienischen und portugiesischen Jurisprudenz zuerkannt; auch hervorragende amerikanische Autoritäten, wie Morse und Daniel, bejahen diesen Anspruch, wenngleich im Gegensatz zu der höchstrichterlichen Judikatur. Nach Preussischem Recht ist der Inhaber des Checks, wie jeder Assignatar, zur Einklagung gegen den Bezogenen berechtigt.[112]) Dasselbe muss für Schottland gelten.[113]) Dagegen ist das Klagerecht des Inhabers im Gesetzbuch von Nieder-Kanada und, mit Ausnahme Macleod's u. Barclay's von der Gesammtheit der englischen Autoren, denen die deutschen Schriftsteller sich zumeist anschliessen, versagt.[114]) Immerhin ist

---

[109]) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 488 Not. 35, Hulshoff p. 83—87, Koch, Gutachten p. 9 Not. 4, p. 10, p. 11 Not. 3, 12 Not. 2, 14 Not. 3 und 29 Not. 6, Gallavresi p. 319—327, Kapp bei n. 245, R.O.H.G. XIX p. 72 ff., Behrend p. 43. Bayerdörffer p. 10, Mittermaier, Zeitschr. XVII p. 124, XXI p. 163, XXVI p. 83, XXVIII p. 168, XXIX p. 496. Funk, Quest. p. 37 ff. Braunschw. Conf.Ber. p. 159. — Brentano p. 249, 287, 290.

[109a]) Behrend p. 34.

[110]) Kapp Not. 119 ff. Nach Schweizer Recht (Hafner Not. 1 zu Art. 836) ist nur der ausdrücklich an Ordre lautende Check durch Indossoment übertragbar. Vgl. auch das n. 39 citirte Erkenntniss.

[111]) Zeitschr. f. v. R.W. III p. 81—84 u. die dort Citirten; vgl. ferner Kapp Not. 178, Gallavresi p. 292, 293. Vgl. auch Birnbaum p. 7: „Demnach ist nach allgemeinen Rechtsregeln zu beurtheilen, ob der Bezogene zur Einlösung des Checks verpflichtet ist."

[112]) § 281 A. L.R. I 16. Vgl. oben § 451 n. 61.

[113]) B. of E. A. s. 53 (2).

[114]) Vgl. über die Kontroverse Zeitschr. f. v. R.W. III p. 84—102 u. ausser den dort Citirten noch Birnbaum p. 7—10, Kapp Not. 239, Lyon-Caen Nr. 1352, Gallavresi p. 293—306, Koch, Gutachten p. 30 Not. 2, Barclay p. 200 ff., Bunzl p. 29 u. Czelechowsky p. 247.

gegenwärtig auch bez. Englands wenigstens für **einen** Fall (nämlich für den Fall des wegen verspäteter Präsentation präjudizirten mit Deckung gezogen gewesenen Checks) das Klagerecht des Inhabers **„in lieu“** des Ausstellers oder der Person, für deren Rechnung der Check gezogen wurde, gegen den Bankier gesetzlich ausdrücklich anerkannt.[115]) Es ist diese Bestimmung zur Milderung des früheren Rechts durch das Oberhaus veranlasst worden.[116])

Das Klagerecht des Inhabers erklärt sich weder durch Annahme einer Uebertragung des **Eigenthums** an der in den Händen des Bezogenen befindlichen **Deckung**, denn diese steht ja gar nicht im Eigenthum des Ausstellers,[117]) noch durch Annahme einer **Cession** des Forderungsrechts des Ausstellers,[118]) denn weder ist das Recht gegen den Bezogenen stets cessibel, — man denke an die Kreditzusage —, noch beabsichtigt der Aussteller in jedem Falle, sein Recht auf den Inhaber, etwa seinen Kassenboten, zu übertragen.[119]) Auch die Annahme einer vermutheten Vollmacht [120]) des Ausstellers ist ungeeignet. Wohl aber ist das Recht aus dem Checkvertrage abzuleiten. Man kann hierbei, wie die amerikanische Judikatur [121]), annehmen, dass der Bankier im Checkvertrage die Verpflichtung der Einlösung innerhalb der vertragsmässigen Grenzen auch zu **Gunsten Dritter** übernommen habe. Man kann aber auch, was freilich sehr angefochten,[122]) im Checkvertrage die Ertheilung einer **Vollmacht** an den Aus-

---

[115]) Bills of Exchange Act 1882 s. 74 (3): „The holder of such cheque as to which such drawer or person is discharged shall be a creditor in lieu of such drawer or person, of such banker to the extent of such discharge, and entitled to recover the amount from him.“ Denselben Fall behandelt auch das Holl. W. v. K.H. 224 (Zeitschr. f. v. R.W. p. 85). Vgl. auch unten Not. 160, sowie Lyon-Caen Nr. 1356 a. E.

[116]) Chalmers, the. B. of E. Act Note zu s. 74 p. 55. Heinsheimer p. 91 Not. 1. Letzterer irrt jedoch, insofern er von der Befreiung des Ausstellers spricht, wenn der Bankier fallirte, ehe der Check rechtzeitig präsentirt wurde; die Befreiung tritt gerade wegen nicht rechtzeitiger Präsentation ein; das Beiwort „rechtzeitig“ fehlt auch bei Chalmers: „if the bank failed before the check was presented, the drawer was discharged.“

[117]) Für den Eigenthumsübergang die meisten Franzosen, Holländer und Amerikaner; dagegen Zeitchr. f. v. R.W. III p. 97 ff., Koch, Giroverkehr p. 32 n. 77, Mittermaier. Zeitschr. X p. 10 ff., Birnbaum p. 7. B. of Exch. Act. s. 53 (vgl. aber auch s. 74 u. oben Not. 116).

[118]) Für die Cession Lyon-Caen a. a. O., Gallavresi p. 300. Vgl. auch Kist p. 400: Cession der actio depositi; Michaux-Bellaire p. 26, Dufour p. 306 ff.: Cession d'une éventuelle créance. Vgl. auch das Not. 2 citirte Erk. und das Not. 108 citirte Züricher Formular.

[119]) Birnbaum p. 10 wendet gegen die Cessionstheorie ein, dass sie der im Check zum Ausdruck gelangenden Willenserklärung einen anderen Sinn unterlege, und dass der Check auf eine Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen nicht Bezug nehme. Letztere Unterlassung kann indess in Hinblick auf A. 279 H.G.B. nicht entscheidend sein; auch ohne solche Bezugnahme könnte eine Cession unter Umständen stillschweigend gewollt sein.

[120]) Wie dies im Preuss. L.R. geschieht, vgl. oben Not. 112.

[121]) Vgl. die Erk. der Gerichtshöfe von Jowa u. Illinois bei Daniel p. 592 Not. 1.

[122]) Gallavresi p. 293 ff. unter Anerkennung des Klagrechts, Birnbaum p. 8, 17 ff., unter Versagung des Klagrechts. Ebenso Kapp Not. 239 ff. Richtig ist, dass die

steller zur Ausstellung von Checks innerhalb vertragsmässiger Grenzen und im vertragsmässig gezogenen Check ein durch den Bevollmächtigten des Bezogenen ausgestellten Verpflichtungsschein des Letzteren finden.[123])

Eben deshalb wird dem Checkinhaber, im Gegensatz zum Inhaber der gemeinrechtlichen Anweisung, das Klagerecht in Deutschland nicht zu versagen sein.[124]) Die Klage kann nicht lediglich auf die Checkurkunde gestützt werden, vielmehr hat der Inhaber den Abschluss des Checkvertrages und die Einhaltung der vertragsmässigen Grenzen seitens des Ausstellers zu erweisen. Die Klage geht auf Zahlung der Checksumme resp. auf Ersatz des durch die Nichteinlösung dem Inhaber entstandenen Schadens.

Hat der Aussteller über die vertragsmässige Schranke hinaus Checks ausgestellt, so ist der Bezogene berechtigt und verpflichtet, die Inhaber nach der Reihenfolge der Präsentation (first come, first served) und bei gleichzeitiger Präsentation proratarisch zu befriedigen.[125]) Der Inhaber ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Theilzahlungen vom Bezogenen anzunehmen.[126]) Widerruf und die Nachricht vom Tode des Ausstellers berechtigen und verpflichten den Bezogenen zur Zahlungsweigerung nach englischem Recht;[127]) der in Gemässheit

---

Rücksicht auf den Vortheil des Checkinhabers nicht genügt, um die Anerkennung der Klage zu rechtfertigen (Birnbaum p. 19); es treten aber doch noch andere Momente hinzu. Die Versagung der Klage führt z. B. bei verspäteter Präsentation des Checks zu ganz unberechtigter Bereicherung der Konkursmasse des Bezogenen, der nach empfangener Deckung insolvent geworden; denn der Aussteller ist regressfrei, hat also keine Forderung gegen die Masse, der Inhaber aber würde ohne jenen Anspruch gleichfalls von der Konkursmasse nichts fordern können! Birnbaum p. 20 macht gegen jenen Anspruch auch noch geltend, dass er den Checknehmer veranlasse, statt auf die Kreditwürdigkeit des Ausstellers auf die des Bezogenen zu sehen; der Inhaber muss aber, wie Goldschmidt p. 1223 hervorhebt, dem Aussteller und der Bank kreditiren, vergl. auch Hartung p. 13 u. oben Not. 47.

[123]) Das Vollmachts-Verhältniss gelangt allerdings in der Urkunde nicht express zum Ausdruck; es ist aber gleichgültig, ob ein Geschäft von einem Handelsbevollmächtigten ausdrücklich im Namen des Machtgebers geschlossen wird, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für den Machtgeber geschlossen sein solle (vgl. H.G.B A. 52); dieser Wille ist aber im Geben und Nehmen des Checks zu finden. Auch die Erklärung des Regressversprechens ist nicht ausgesprochen, sondern liegt, wie Birnbaum p. 11 hervorhebt, in der Ausstellung und Begebung des Checks. Der Einwand, dass der Aussteller Mandant, nicht aber Mandatar oder gar „trattario" des Bezogenen sei, beruht wohl auf einer Verwechslung von Mandat und Vollmacht; der Aussteller ist Bevollmächtigter, nicht Mandatar des Bezogenen, daneben ist er Zahlungsmandant. Es ist übrigens auch nicht abzusehen, warum nicht selbst ein Mandatar gleichzeitig Zahlungsmandant sein sollte; oder könnte ein Prinzipal seinem Kommis nicht den Auftrag ertheilen, einzukaufen und in Höhe des Kaufpreises zu Gunsten des Verkäufers eine Anweisung auf ihn, den Prinzipal, auszustellen? Vgl. oben § 451 Not. 27.

[124]) Koch, Gutachten p. 30. Reichsbank-Entw. § 10. Vergl. aber auch oben Not. 114.

[125]) Zeitschr. f. v. R.W. III p. 103—106, Lyon-Caen 1352 Not. 4 a. E., Gallavresi p. 287 ff.

[126]) Zeitschr. f. v. R.W. p. 102 ff. Anders in Italien. Gallavresi p. 254.

[127]) B. of E. A. s. 75, Kapp Not. 194 ff. Ueber Amerika Zeitschr. f. v. R.W. III p. 106, 107. Unwiderruflichkeit in Frankreich und Belgien wegen der Theorie vom Uebergang der Deckung; auch in Italien; vgl. Gallavresi p. 289 u. 291.

der vertragsmässigen Ermächtigung gezogene Check ist aber, da die Annahme des Bezogenen hier im Voraus dem Inhaber versprochen ist, nach Deutschem Recht so wenig revokabel, als die acceptirte Anweisung.[128]) Dagegen kann und darf der Bezogene nach erlangter oder gesetzlich fingirter Kenntniss von der Konkurseröffnung des Ausstellers dessen Checks in der Regel wohl nicht mehr zahlen,[129]) da die übliche Bedingung der Ermächtigung zur Ausstellung, dass nämlich zur Zeit der Präsentation der Aussteller die Summe vom Bezogenen zu fordern hat, in Folge des offenen Arrestes nicht erfüllt ist.

9. Das **Accept** des Checks ist zwar ungebräuchlich, doch keineswegs überall unstatthaft.[130]) Der Acceptant haftet aus dem acceptirten Check dem Inhaber unbedingt ohne Rücksicht, ob der Check vertragsmässig gezogen ist.[131]) Das Accept wird durch die blosse Visirung nicht ersetzt,[132]) wohl aber durch die Certifizirung,[133]) d. h. die schriftliche Erklärung, dass der Check vertragsmässig gezogen sei. Accept und die Certifizirung können vor Emission des Checks erfolgen. Das Accept zu fordern ist der Inhaber Niemandem gegenüber befugt; Regress Mangels Annahme findet daher nicht statt.

Die gezahlten Checks ist der Bezogene aufzubewahren und dem Aussteller zu restituiren nicht verpflichtet,[134]) es sei denn, dass ein ausdrückliches oder aus thatsächlicher Uebung zu entnehmendes Uebereinkommen hierüber besteht.

---

[128]) Vgl. oben § 451 Not. 50. Braunschw. Konf.Ber. p. 16.

[129]) R.K.O. § 108 u. § 7, Zeitschr. f. v. R.W. p. 115. Kapp Not. 193: Kenntniss des Konkurses ist kein Erlöschungsgrund in den Vereinigten Staaten, dagegen in England. — In Holland A. 226 darf der Kassirer trotz Konkurses des Ausstellers, bis Opposition eingelegt wird, einlösen; er muss es aber nicht. Ueber Frankreich, Belgien und Italien, dessen Gesetze schweigen, vgl. Zeitschr. f. v. R.W. p. 111—114, sowie Gallavresi p. 269—279; vgl. noch Kist p. 101 ff., Hulshoff p. 165, Touzaud p. 149 ff., Bayerdörffer p. 33; bez. Oesterreichs vgl. das Not. 2 cit. Erk., Funk, Quest. p. 31 ff., Bunzl p. 40, Czelechowsky p. 248, aber auch Leonhardt p. 25 u. Bunzl p. 31.

[130]) Ausgeschlossen ist das Accept ausdrücklich im Schweiz. Obl.R. 834 und bei der Berliner Abrechnungsstelle; Koch, Gutachten p. 20. Für ein Verbot desselben ebendas. p. 29. Ausdrücklich für wirksam ist das Accept erklärt in Nieder-Canada A. 2351.

[131]) Zeitschr. f. v. R.W. III p. 123—139, Kapp Not. 241 ff., Gallavresi p. 27, 38, 213—218, 246—250.

[132]) Das ital. H.G.B. A. 342 fordert für die Visirung des befristeten Sichtchecks auch die Datirung und Unterschrift des Ausstellers.

[133]) In Amerika wird das Wort „good“ „across the face of the instrument“ geschrieben; dies sog. certifying des Checks hat dort die grössten Dimensionen angenommen (in New-York allein soll der Umlauf solcher certified checks täglich über 100 Millionen Dollars betragen). Die Wirkung ist höchst streitig; für die skripturmässige Verpflichtung des Bezogenen besonders Daniel; gegen dieselbe anscheinend Koch p. 29 Not. 3, der a. a. O. auch mittheilt, dass ein kürzlich erlassenes amerik. Gesetz sich gegen das Certifiziren der Nationalbanken wendet. Vgl. noch Zeitschr. f. v. R.W. III p. 131, Kapp Not. 24. Auch Gallavresi p. 250 stellt die Beifügung des Worts „buono“ zur Visirung dem Accept gleich. Ueber andere Surrogate des Accepts im englischen Clearinghouse-Verkehr (marking, cancelling) sowie über die Ausgabe von Checkformularen, die bez. einer Maximalsumme im Voraus von der diese Formulare verkaufenden Bank (Checkbank) certificirt sind, vgl. Zeitschr. f. v. R.W. p. 128.

[134]) Anders in Amerika, Daniel p. 599 und nach der englischen Praxis, die durch die B. of E. A. wohl nicht beseitigt ist, Zeitschr. f. v. R.W. III p. 139—142, Galla-

Quittung über die erfolgte Einlösung des Checks ist der Begogene, wie jeder Zahler, vom Zahlungsempfänger zu fordern befugt; üblich ist sie indess wohl nur bei dem Namen- und Ordrecheck, abgesehen von Frankreich, wo jeder Check vor der Zahlung bei Strafe quittirt werden muss.[135])

10. Der Checknehmer ist zur Einziehung des Checks, abgesehen von besonderen vertragsmässigen Abreden, nicht verpflichtet;[136]) er kann der Regel nach den Check verwerthen oder unbenutzt liegen lassen oder die Einziehung versuchen. Von der rechtzeitig versuchten Einziehung ist jedoch sein Anspruch gegen die Vormänner und den Aussteller der Regel nach abhängig. Der Versuch der Einziehung erfolgt mittelst Präsentation des Checks; der Check ist Präsentationspapier.[137]) Ueber die Frage, wann die Präsentation eine rechtzeitige ist, gehen die fremden Rechte in buntester Weise auseinander: selten wird für Platz- und Distanzchecks die nämliche Frist vorgeschrieben, meist eine verschiedene;[138]) bald wird der Ausstellungstag mitgezählt, bald wird er ausgeschlossen,[139]) bald ist die Frist vom Ausstellungsdatum an gerechnet, bald vom Empfang des Checks;[140]) bald ist sie gegen alle Interessenten (Aussteller und Indossanten resp. Vorbesitzer) die gleiche, bald haftet der Aussteller länger als die Uebrigen;[141]) nach englischem und amerikanischem Recht ist die Frist keine genau ziffermässig festgesetzte, sondern es wird nur allgemein die Präsentation innerhalb **angemessener** Zeit nach seiner Begebung (within a **reasonable** time of its issue) verlangt, und die englische Act s. 74 (2) weist ausdrücklich an, bei Beurtheilung

---

vresi p. 259. Ueber die Rückgabe der zur Wechselzahlung gegebenen Checks, die dem Wechsel angeheftet zu werden pflegen, vgl. Koch, Gutachten p. 6 Not. 2. — Braunschw. Konf.Ber. p. 20.

135) Zeitschr. f. v. R.W. I p. 437 und 438. Gallavresi p. 259 ff. Die franz. Novelle Art. 7 verbietet dem Zahlenden bei einer Strafe von 50 Frcs. einen Check unquittirt zu bezahlen. Vgl. noch Funk, Quest. p. 35, Leonhardt p. 28, Bunzl p. 41, Reichsbank-Entw. § 9 Not. 5. Touzaud p. 163. Chastenet p. 147.

136) Wie bei dem Wechsel und der Anweisung kann der Remittent des Checks Inkassomandatar sein; die Vermuthung streitet dagegen. Inkorrekt ist der Ausdruck des franz. Checkgesetzes A. 5: „Le porteur, d'un chèque doit en réclamer le payement", des belgischen A. 4: „Le payement doit être réclamé" und des ital. C. d. c. 342 „deve presentarlo". Korrekt: Schweiz. Obl.R. 834 und 835.

137) Vgl. oben II. § 193.

138) In Frankreich und der Schweiz 5 Tage für den Platz-, 8 Tage für den Distanzcheck; in Belgien 3 resp. 6 Tage; in Italien 8 resp. 14 Tage. Dagegen in Malta stets 3 Tage, in Holland 1 resp. 3 Monate bei dem Ordrecheck, bei dem Inhabercheck ohne Unterschied des Orts 10 Tage, Art. 213, 214, 222. In Portugal A. 431 an dem Tage der Fälligkeit resp. der Ausstellung, Hulshoff p. 139. Ueber Amerika und England vgl. Not. 142. Vgl. noch Funk, Quest. p. 27 ff., Bunzl p. 18.

139) Frankreich A. 5 „y compris le jour de la date," ebenso Belg. A. 4, dagegen Italien 342 „Il giorno della data non e compreso nel termine", auch die Schweiz A. 88 (Hafner Not. 5 zu A. 834).

140) Ersteres in Frankreich, Belgien, Italien, letzteres in England, Amerika.

141) Ersteres in Frankreich, Belgien, Italien, letzteres in Holland: der Vordermann wird bei dem Inhabercheck nach 3, der Aussteller nach 10 Tagen frei, A. 225, vgl. Hulshoff p. 141 ff.

der Frage, welche Zeit als angemessen zu gelten habe, auf die Natur der Urkunde, die Handels- und Bankiersgebräuche und auf die Verhältnisse des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen. In der englisch-amerikanischen Judikatur gilt die Präsentation in der Regel nur dann als rechtzeitig bewirkt, wenn der Platzcheck am nächsten Werktage nach Empfang (vom Nehmer oder seinem Bankier) präsentirt, der Distanzcheck mit der Post des nächsten Werktags nach Empfang zur Präsentation abgesandt ist.[142])

Für Deutschland macht sich gerade in dieser Richtung das Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung besonders fühlbar.[143]) Die wechselrechtliche Präsentationsfrist, die für Sichtwechsel zwei Jahre beträgt,[144]) ist nur dann anwendbar, wenn der Check ein Sichtcheck und gleichzeitig als eine jener **kaufmännischen** Anweisungen anzusehen ist, welche einzelne Partikularrechte den Tratten gleichgestellt haben.[145]) Die partikularrechtlichen Normen über die Präsentationsfrist der **gewöhnlichen** Anweisung[146]) sind nur insoweit maassgebend, als nach Art. 1 H.G.B. keine Handelssache vorliegt, andernfalls kommen nicht die Partikularrechte, sondern die Handelsgebräuche zur Geltung.[147]) Als deutscher Handelsgebrauch ist aber eine kurze Präsentationsfrist für den Check anzunehmen, welche jedenfalls „acht Tage nach der Ausstellung nicht übersteigt.“ [148])

---

[142]) Vgl. Birnbaum p. 12 u. 13, wo auch Ausnahmen über weitere Fristerstreckung, Kapp Not. 225, Daniel p. 547, Conrad, Jahrb. p. 487. Touzaud p. 166 ff., u. 196.

[143]) Gegen die gesetzliche Präsentationsfrist wohl nur Kapp Not. 266 ff., der die Gefahr der langen Umlaufszeit aber doch wohl unterschätzt. Für legale Festsetzung Koch, Checkges. p. 7 und 28, Giroverkehr p. 33 und im Grunde auch Behrend p. 42. Ueber die Festsetzung einer Präsentationsfrist im Check vgl. Simonson p. 143 u. 153 ff.

[144]) Um dieser viel zu langen Frist des A. 31 D.W.O. willen ist de lege ferenda die analoge Anwendung der W.O. auf den Check für schädlich zu erachten; das schliesst aber nicht aus, dass eine wechselmässige Haftung des Ausstellers und der Indossanten empfehlenswerth ist. Gegen die kurze Präsentations- resp. Regressfrist wohl nur Munzinger p. 418 ff.

[145]) Vgl. oben § 452 Not. 84 ff.

[146]) In Preussen 14 Tage, vgl. oben § 451 Not. 73. Vgl. noch Behrend p. 34.

[147]) Behrend p. 34: „da die Rechtsverhältnisse aus dem Check, falls auch nur der Bezogene Kaufmann ist, als Handelssache im Sinne des A. 1 H.G.B. anzusehen sind.“ Vgl. auch Mittermaier, Zeitschr. X p. 18 ff u. 35 (oben Not. 87 e) und das Not. 2 citirte Wiener Erk. Uebrigens ist weder jedes Geben noch Nehmen von Checks ein Handelsgeschäft; vielmehr ist analog dem Wechsel (Goldschmidt I p. 604) das Checkgeben nur dann Handelsgeschäft, wenn es von einem Bankier oder einem anderweitigen Kaufmann im Handelsbetriebe geschieht, das Checknehmen nur unter der nämlichen Voraussetzung oder wenn es sich als Spekulationsanschaffung oder Realisationsanschaffung (A. 271 Z. 1 und Z. 2), wenngleich durch einen Nichtkaufmann, darstellt Distanzchecks werden nach Ausweis der Coursblätter, wie kurze Wechsel an vielen Börsen gehandelt, können also auch Gegenstand einer solchen Anschaffung sein. — Vgl. auch Franz. G. A. 4: „L'émission d'un chèque, même lorsqu 'il est tiré d'un lieu sur un autre, ne constitue pas, par sa nature, un acte de commerce.“ Ebenso in Holland, Hulshoff p. 94 ff., Kist p. 395, Diephuis p. 308, u. Italien, Gallavresi p. 149. Vgl. noch Lyon-Caen Nr. 1333. Chastenet p. 106—111. Serafini a. a. O., übrigens auch oben § 452 Not. 88.

[148]) So O.L.G. Köln, Urth. v. 21. Febr. 1883 in Buschs Arch. 45 p. 365. Diese Annahme stützt sich auf „die Gesetzgebung anderer Staaten, sowie auf die desfallsigen

Die fruchtlos versuchte Präsentation kann, braucht aber nicht durch einen Protest festgestellt zu werden.[149]) Auch die Notifikation ist nicht überall Voraussetzung des Regresses..[150])

11. Der Inhaber des trotz **rechtzeitiger** Präsentation nicht eingelösten Checks hat einen Anspruch aus dem zu **Grunde liegenden** Verhältniss gegen seinen unmittelbaren Vormann, mag dies der Aussteller, ein Indossant oder ein blosser Zwischeninhaber sein; er kann daher, wenn er den Check „zahlungshalber“ erhalten, auf die alte Forderung zurückgreifen.[151])

Anstatt[152]) des alten Anspruchs kann der Inhaber, wenigstens nach den fremden Rechten,[153]) auch **aus der Urkunde selbst** Regress nehmen, und zwar haften ihm der Aussteller und die Indossanten und nicht blos per ordinem, sondern auch per saltum und solidarisch, während die blossen Zwischeninhaber mangels einer Skriptur gar keinem Regress aus der Urkunde unterworfen sind.[154]) Der Regressanspruch geht auf die Zahlung der Checksumme und Schadenersatz.[155]) In Deutschland ist der Regress aus der Urkunde gegen die Indossanten, sofern mit dem Indossament nicht etwa ein Garantieversprechen verbunden oder etwa eine partikularrechtliche kaufmännische Anweisung in Frage, zu versagen. Ob der Aussteller aus der Urkunde haftet, ist in der Praxis bisher nur in wenigen

---

Bemühungen in Deutschland, namentlich den vorgelegten Entwurf eines Checkgesetzes“ (den Reichsbankentwurf § 12). Vgl. aber auch Behrend p. 34 a. E. und p. 42.

[149]) Kapp nach Not. 218. Der Protest ist obligatorisch in Frankreich, Belgien, Italien und in Holland bez. der Assignatie, fakultativ in der Schweiz. (Hafner Not. 1a zu Art. 835). Kein Protest in Portugal und bei dem holl. Kassierspapier, Hulshoff p. 148, 150 ff. Vgl. überhaupt Conrads Jahrb. p. 487, Gallavresi p. 218—223, Daniel p. 555, 556, Zeitschr. f. H.R. X p. 21 u. 36, XXVI p. 266, XXVIII p. 174, XXIX p. 162. De lege ferenda vgl. auch Birnbaum p. 15, Koch, Gutachten p. 29, Funk, Quest. p. 33, Bunzl p. 34 ff.

[150]) Erforderlich in Frankreich A. 4, Belgien A. 3, Italien (A. 317 und 341: nur bei Schadensersatzpflicht), in Amerika der Regel nach (Daniel p. 544 ff.), wo auch die Ausnahme bez. des Ausstellers und p. 552. Bez. Englands vgl. s. 73 u. 48, aber auch s. 50, 2, 4 u. 5. Bez. Oesterreichs vgl. das Not. 2 citirte Erk. Für die Notifikation überhaupt Bayerdörffer p. 35 ff., vgl. noch Touzaud p. 167 u. 196.

[151]) Vgl. oben § 449 Not. 53 u. 54, Kapp Not. 231 ff., Birnbaum p. 15 ff. Czelechowsky p. 247. Funk, Quest. p. 30 ff. Vgl. auch das Not. 2 citirte Wiener Erk. (Haftung des Indossanten gegenüber dem unmittelbaren Nachmann aus der grundlosen Bereicherung; die Motivirung ist bedenklich).

[152]) Birnbaum p. 16. Funk, Quest. p. 30. A. M. Bayerdörffer p. 32.

[153]) Frankreich 4, Belgien 3, Italien 341, Gallavresi p. 223 ff., Schweiz 835. Das Wahlrecht zwischen beiden Ansprüchen sowohl gegen den Aussteller, wie gegen die Giranten gibt ganz ausdrücklich Kanada Art. 2351 und 2353. Bayerdörffer p. 32. Rostocil p. 391. Vgl. noch Lyon-Caen 1357 u. Zeitschr. f. H.R. XXVI p. 275 ff. (Regress aus einem Mangels Deckung in Frankreich ungültigen Check). In Holland geht die Klage aus dem Papier nur gegen den Aussteller des Kassiersbriefje. Hulshoff p. 153 ff. Kist p. 402. Ueber Portugal A. 434 vgl. Mittermaier, Zeitschr. X p. 26, aber auch Zeitschr. f. v. R.W. I p. 144.

[154]) Birnbaum p. 11 ff. Funk, Quest. p. 34 u. 36.

[155]) Birnbaum p. 15. In Frankreich, Belgien, Italien entspricht er ganz dem Wechselregressanspruch.

Fällen und in diesen verschieden beantwortet worden.[156]) Es dürfte zu unterscheiden sein, ob der Check vertragsmässig oder vertragswidrig gezogen worden; im ersteren Falle ist bei dem bisherigen Mangel einer gesetzlichen oder wirklichen gewohnheitsrechtlichen Sanktionirung der Regress zu versagen. Ist dagegen der Check ohne vertragsmässiges Recht zur Ausstellung gezogen, so haftet der Aussteller als Garant eines gültigen Checkvertrages resp. als falscher Bevollmächtigter[157]) jedem, der durch die Vorspiegelung der angeblichen Vollmacht Schaden erlitten hat, unter Umständen also nicht nur dem ersten, sondern auch einem späteren Nehmer; es ist dabei irrelevant, ob der Aussteller dolos oder nur culpos gehandelt hat.

Ist die rechtzeitige Präsentation unterblieben, so sind, vom Aussteller abgesehen, die Vormänner im Zweifel von jedem Anspruch frei,[157a]) auch von dem Anspruch aus dem unterliegenden Rechtsverhältnisse.[157b]) Dagegen bleibt der Aussteller im Zweifel[158]) aus dem Check und auch aus der unterliegenden Schuld der Regel nach verhaftet;[159]) er wird nur insoweit entlastet, als er durch die Verzögerung der Präsentation (oder Notifikation) geschädigt ist.[160]) Eine

---

[156]) Für die Haftung das Landgericht Hamburg nach einer Mittheilung Lutteroths auf der Braunschw. Konferenz (Bericht p. 9); gegen dieselbe das O.L.G. Köln, bei Busch a. a. O. Nach Behrend p. 34 ist von Handelsgebräuchen (bez. des Regresses) bisher nichts bekannt geworden; vgl. auch a. a. O. p. 43.; übrigens das Not. 2 citirte Wiener Erk.

[157]) Vgl. oben I § 73 (Wendt), Behrend, Lehrb. § 51 Not. 3 und die dort Citirten, H.G.B. 55, A. D.W.O. A. 95, Birnbaum p. 9. R.G. VI Nr. 60. Vgl. auch Schweiz. Obl.R. 837: „Wer einen Check ausstellt, ohne bei dem Bezogenen für den angewiesenen Betrag Deckung zu besitzen, hat dem Inhaber des Check ausser dem verursachten Schaden 5 % der angewiesenen Summe zu vergüten." Vgl. auch Leonhardt p. 15: „Der Check ist die Beurkundung der Thatsache, dass der angewiesene Betrag zur Verfügung des Ausstellers steht."

[157a]) Nur in Kanada 2352 haften die Giranten trotz der Präjudizirung bei Fallissement der Bank und werden nur bis zur Höhe des von ihnen dadurch (?) erlittenen Verlustes befreit.

[157b]) Lyon-Caen Nr. 1357 Not. 4, Nouguier Nr. 127, Kist p. 403; a. M. Birnbaum p. 16 ff.

[158]) Der Anspruch findet nicht statt, wenn der Aussteller sich nur unter der Bedingung der rechtzeitigen Präsentation verpflichtet hat oder seiner Haftung entlassen worden. Letzteres findet die amerik. Praxis im certifying; Daniel p. 559 u. 750: „bank by certifying becomes principal and only debtor." Vgl. aber auch Canada 2351.

[159]) Birnbaum p. 15 erklärt bei unterbliebener rechtzeitiger Präsentation den Regressanspruch aus dem Check für verwirkt; es bleibe nur die Klage aus dem unterliegenden Rechtsverhältniss. Damit wäre gegen den Aussteller jedem anderen als dem ersten Nehmer jeder Anspruch aus dem präjudizirten Check versagt. Und doch geben die Gesetze übereinstimmend, ausser unter gewissen Voraussetzungen, (Not. 160), jedem Inhaber des präjudizirten Checks den Anspruch gegen den Aussteller. Vgl. überhaupt Koch, Giroverkehr p. 33, Gutachten p. 28, a. M. Kapp Not. 228 ff. Dieser Anspruch verjährt in Malta (A. 313) in 5, in England in 6, in Holland (A. 229) in 10 Jahren. Vgl. Kist p. 405, Diephuis p. 304 Not. 2 (gegen de Pinto, der 30 Jahre annimmt). Das franz. Ges. schweigt; Lyon-Caen 1358. Vgl. noch Bunzl p. 39 ff.

[160]) Bill of Exch. A. s. 74 (1) „and suffers actual damage through the delay,

solche Schädigung liegt hauptsächlich dann vor, wenn der Aussteller die Honorirung des Checks wegen baaren Depots vom Bezogenen fordern durfte, und die **Insolvenz** des Letzteren erst nach Ablauf der gesetzlichen Präsentationsfrist eingetreten ist; denn in diesem Falle ist der Aussteller in einem höheren Betrage Gläubiger des Bezogenen, als er bei diligenter Einkassirung es gewesen wäre; er behält zwar einen Anspruch gegen den Bezogenen, aber dieser Anspruch findet durch die eingetragene Insolvenz nicht mehr volle, sondern nur noch proratarische Befriedigung. Diesen Schaden hat der Regredient selbst verschuldet oder zu vertreten; mit dem Anspruch auf Ersatz dieses Schadens kann der Aussteller im Zweifel kompensiren;[160a]) doch soll nach manchen Rechten der frei gewordene Aussteller dem Inhaber die Beweismittel zur Klage gegen den Bezogenen gewähren.[161])

Der Aussteller hat zu beweisen, dass er durch die verzögerte Präsensation Nachtheil erlitten habe.[162])

12. Eine in England weit verbreitete, aber auch in anderen Staaten[163]) nicht mehr ganz unbekannte Sitte ist das sogen. **crossing,**[164]) franz. barre-

---

he is discharged to the extent of such damage"... Daniel p. 544: „Drawer not discharged unless injured by delay in presentment or notice." Derselbe Gedanke tritt in anderer Fassung im franz. Gesetz A. 5 a. E. auf: „il (le porteur) perd aussi son recours contre le tireur, si la provision a péri par le fait du tiré après les dits délais." Gleichlautend Belgien A. 4 a. E., Italien 343: „se .... la disponibilità della somma è mancata per fatto del trattario." Vgl. bez. d. Präjudizes überhaupt Koch, Gutachten p. 28 Not. 4. In Holland haftet der Aussteller trotz verspäteter Präsentation, falls er keine Deckung gemacht resp. belassen hatte (A. 223); hatte er Deckung, so muss er die Forderung der Deckung dem Inhaber überweisen (A. 224). Vgl. unten Not. 161, Wächter p. 175, Hulshoff p. 153. Vgl. noch Canada 2352. Malta 246.

[160a]) Bei dem sogen. Memorandumcheck, bei dem nach amerik. Praxis meist der Name der bezogenen Bank mit 2 Linien durchstrichen resp. das Wort „Mem" beigefügt ist, und welcher etwa den Zwecken des Depotwechsels dient (vgl. Z. f. v. R.W. III p. 122 ff.), haftet der Aussteller dem gutgläubigen Inhaber unbedingt „and not upon a condition to pay if the bank upon which it be drawn should not pay upon presentation at maturity, and if due notice of the presentation and non-payment should be given." Es bedarf also hier gar keiner Präsensation bei dem Bezogenen; der Aussteller haftet wie aus einem eigenen Wechsel, doch darf der Bezogene zahlen.

[161]) Holland 224, Portug. 330; vgl. übrigens auch Frankreich C. d. c. 170 a. E. Lyon-Caen 1356, 1275 u. 1129, Mittermaier, Zeitschr. X p. 24, Diephuis p. 305 ff. Sampajo p. 355. Vgl. oben Not. 115.

[162]) Holland A. 223, Portugal 432, Malta 246. Lyon-Caen Nr. 1356 Not. 2, Birnbaum p. 17, Bunzl p. 36; a. M. Koch, Checkges. p. 30, Daniel p. 546.

[163]) Nouguier No. 63: „Les banques de dépôt, en France, ont essayé d'introduire, l'usage du chèque barré. Certes, notre législation nouvelle ne le proscrit pas, mais la faculté de l'endossement le rend complétement (?) inutile." Bisher nicht in Holland (Hulshoff p. 64) gebräuchlich und in den Vereinigten Staaten, vgl. Daniel p. 543: „The English usage is not practiced, that we are aware of, in the United States." Ganz unbekannt in Oesterreich, Bunzl p. 42. Czelechowsky p. 249.

[164]) Ueber die crossed checks handeln von Deutschen am eingehendsten: Vogt a. a. O., Mittermaier, Zeitschr. X p. 10 u. 17, XXIII Blghft. p. 142—146, XXIX p. 494 ff., sowie jetzt besonders Birnbaum p. 21—29.

ment,[165]) deutsch das **Kreuzen, Sperren** oder korrekter das **Durchqueren**[166]) des **Checks**. Es besteht in der Ziehung zweier paralleler Querlinien durch die Vorderseite des Checks.

Gewöhnlich wird zwischen diese Linien noch ein Zusatz geschrieben, nämlich entweder die Worte **„and company"** oder der **Name eines Bankiers** oder die Klausel **„not negotiable"**.

Jeder dieser drei Zusätze kann allein erscheinen, die dritte Klausel kann aber auch zu der ersten oder zweiten hinzutreten. Ist der Name eines Bankiers genannt, sei es mit oder ohne die not-negotiable-Klausel, so heisst das Queren ein **spezielles**,[167]) in jedem anderen Falle ein **generelles**.[168])

Die Spezialquerung ist die ältere; der Checkaussteller pflegte vor der Begebung den Namen des vermuthlichen Präsentanten, nämlich des Bankiers des Checknehmers, quer durch den Kontext des Checks zu schreiben, um den bezogenen Bankier vor Auszahlung an einen Unbefugten zu schützen; später liess der Aussteller die Nennung des Namens fort und beschränkte sich, da jede englische Bankfirma mit den Worten & Co. zu enden pflegte, auf die Worte & Co.[169])

Das Crossing bezweckt, die Auszahlung des Checks an eine andere Person, als an einen Bankier zu verhüten und, da englische Bankiers nur von ihnen bekannten Personen Checks zu nehmen pflegen, die Nachtheile des Abhandenkommens oder des Diebstahls der Urkunde von dem Checknehmer fernzuhalten. Es darf der Bezogene den allgemein gequerten Check nur an einen Bankier, den speziell gequerten Check nur an den namentlich genannten Bankier gültig bezahlen; Zahlung an jeden Anderen verpflichtet zum Schadensersatz.[170]) Gleichwohl hebt auch nach dem neuesten englischen Gesetz das Queren, und zwar selbst das spezielle, ohne die Worte „not negotiable" noch nicht die Negotiabilität auf, d. h. es hat jeder gutgläubige onerose Erwerber des Checks einen selbstständigen, nicht blos abgeleiteten Rechtstitel gegen die Vormänner; diese selbstständige Regressverpflichtung der Vormänner gegen den gutgläubigen Rechtsnachfolger des Unberechtigten gewährt der Bank, die crossingwidrig gezahlt hat und

---

[165]) Barclay p. 205.

[166]) Das Wort hat durch die Geographie bereits deutsches Bürgerrecht erworben.

[167]) Mittermaier, Zeitschr. XXIII p. 144: „Dass dies ebenfalls zwischen Querlinien zu geschen habe, ist nicht gesagt, aber wohl anzunehmen." Nach Koch, Gutachten p. 6 Not. 3 bedarf jedoch das spezielle Crossing keiner Striche.

[168]) Es kann in England also auf 4fache Weise generell gequert werden, nämlich a) durch die blossen Querlinien, b) durch & Co., c) durch & Co. not negotiable, d) durch not negotiable. Das spezielle Crossing ist nur in doppelter Weise möglich, nämlich a) durch blosse Angabe eines bestimmten Bankiers, und b) durch diese Angabe unter Hinzufügung der Worte „not negotiable".

[169]) Birnbaum p. 21 u. 22. Barclay p. 208 ff. Touzaud p. 172 verlegt die Enstehung des crossing in das Clearinghouse.

[170]) Ueber die Geschichte der engl. Gesetzgebung (G. v. 23. Juni 1856, 2. August 1858 Crossed Cheques Act. 1876; jetzt Bills of Exch. A. 1882 s. 79) vgl. Mittermaier und Birnbaum a. a. O. Koch, Checkges. p. 30 Not 85, Gutachten p. 6 Not. 3, Barclay a. a. O.

deshalb auf Schadensersatz belangt ist, den Einwand, dass der Kläger keinen Schaden erlitten hat, da er ja dem gutgläubigen Checkinhaber bei Nichteinlösung des Checks seitens der beklagten Bank regresspflichtig gewesen wäre.[171]) Zur Abwendung dieser Folge bedarf es der Klausel „not negotiable"; sie gibt jedem Checknehmer nur die Rechte seines Vordermanns,[172]) verhütet mithin, dass selbständige Ansprüche gegen die Vorderleute für den entstehen, der etwa vom Diebe oder Finder den Check entgeltlich erworben; hiermit entzieht sie aber dem crossingwidrig-zahlenden Bezogenen den Einwand, dass der Schaden auch ohne seine Zahlung eingetreten wäre.

Zu jeder Durchquerung ist der Aussteller, sowie jeder Inhaber des ungequerten Checks befugt. Der generell gequerte Check kann von jedem Inhaber in einen speziell gequerten verwandelt werden, auch kann der Inhaber die Klausel „not negotiable" beifügen. Nur **eine** Spezialquerung ist der Regel nach statthaft; eine zweite nur seitens des in der Querung speziell bezeichneten Bankiers zu Gunsten seines Inkassobankiers; nur unter dieser Voraussetzung darf der Bezogene einen zweifach gequerten Check zahlen.[173]) Jede Veränderung in der Querung ist als Fälschung verboten. Das Queren ist bei jeder Gattung von Checks möglich, selbst bei dem Rektacheck;[174]) am häufigsten begegnet es bei dem Inhabercheck.

Was die juristische Natur betrifft, so ist das Durchqueren weder ein Indossament,[175]) noch eine Ausserkurssetzung. Es sind auch die durchquerten Checks kein Mittelding zwischen Ordrechecks und Inhaberchecks,[176]) noch weniger ein eigenthümlicher Uebergang von den Eigenwechseln zu den Tratten mit Blankogiro.[177]) Auch als adjectio solutionis causa kann das spezielle Queren nicht aufgefasst werden; es soll nicht dem Bankier oder dem Querenden, sondern nur dem Ersteren gezahlt werden. Es ist vielmehr zu unterscheiden[178]) zwischen dem Queren **ohne** oder **mit** Negotiabilitätsverbot. Ersteres ist eine vom Aussteller (oder an dessen Statt kraft gesetzlicher Ermächtigung vom Inhaber) vorgeschriebene Modifikation[179]) des ursprünglichen Zahlungsauftrags; der

[171]) Birnbaum p. 25, Mittermaier p. 143.

[172]) B. of E. A. s. 81.

[173]) A. a. O. s. 77 und 78. Ueber die frühere Berechtigung der Checkinhaber zur Veränderung des Crossing vgl. Birnbaum p. 23 Not. 18 und p. 24 Not. 20.

[174]) Wenngleich Rektastellung und Querung mit der not-negotiable-Klausel sich in der praktischen Wirkung ziemlich nahe kommen. Birnbaum p. 28.

[175]) So Darimon; vgl. dagegen Hulshoff p. 98.

[176]) So Koch, Giroverkehr p. 7.

[177]) So Kuntze p. 276.

[178]) Birnbaum p. 27: „Das Crossing beruht auf 2 Prinzipien; das eine ist Beschränkung der dem Bezogenen ertheilten Zahlungsanweisung, das andere ist Beseitigung der Negotiabilität des Checks". Kapp Not. 128 ff. deutet wohl die Scheidung an, berücksichtigt sie aber in der Definition nicht; vgl. Not. 179.

[179]) Kapp a. a. O. definirt das Kreuzen als den „neben dem im Check enthaltenen Zahlungsauftrag selbständig (?) hergehenden, an den Bezogenen gerichteten schriftlichen Zahlungsauftrag des Ausstellers oder eines rechtmässigen Inhabers, die Checksumme nur an einen Bankier zu zahlen."

Bezogene soll zahlen, aber nicht dem eigentlichen Remittenten, sondern einem bestimmten Bankier, oder doch irgend einem Bankier; der Erwerber erlangt selbständige Rechte aus dem Check. Das letztere, das jetzt sehr übliche Durchqueren **mit** Negotiabilitätsverbot, ist eine Kombination[180]) eben jener Modifikation des Zahlungsauftrags mit einer Art Rektaklausel, durch deren Beifügung auch der Inhaber- oder Ordrecheck in eine nur mit den Wirkungen der Rektapapiere übertragbare Urkunde verwandelt wird; der Erwerber erlangt nur abgeleitete Rechte, ohne dass doch der Bezogene den Erwerbstitel des formell legitimirten Präsentanten (des oder eines Bankiers) eruiren müsste oder dürfte.[181])

Gequerte Checks kommen in Deutschland kaum vor. Der von der Reichsbank früher zugelassene Quervermerk: „Nur zahlbar an einen Girokunden der Reichsbank" ist abgeschafft, da er sich in der Praxis nicht bewährt hat.[182]) Dagegen gestattet die Reichsbank den quergeschriebenen oder quergedruckten Vermerk „nur zur **Verrechnung**" jedem Inhaber; in diesem Falle darf aber „der Check **nicht baar** bezahlt, sondern **nur zur Gutschrift** auf Lombardkonto, Girokonto oder irgend ein anderes Konto bei der Reichsbank, **sei** es mit der Reichsbank selbst, **oder** mit einem ihrer Girokunden, benutzt werden".[183]) Es verliert also der Check sein erstes Essentiale, den Zahlungsauftrag, und verwandelt sich in eine Zuschreibungsordre oder in eine Zu- und Abschreibungsordre (Giroanweisung); ein dem englischen crossing gleiches Rechtsinstitut ist diese Verrechnungsklausel nicht.

13. Der Bezogene muss die Unterschrift des Ausstellers kennen;[184]) hat er Checks mit gefälschter Unterschrift gezahlt, so hat er der Regel nach nur an den Fälscher und unter allen sonstigen Voraussetzungen der condictio an den Empfänger[185]) des Geldes einen Anspruch. Nur im Fall eines besonderen Versprechens wird derjenige, dessen Unterschrift gefälscht worden, die Zahlung gegen sich gelten lassen müssen. Ein solches Versprechen liegt noch nicht in der Annahme von Checkformularen;[185a]) es bedarf vielmehr noch der ausdrücklichen Erklärung, dem Bezogenen allen Schaden zu ersetzen, der ihm aus dem Verluste oder sonstigen Abhandenkommen der Blanquette erwachsen sollte. Ist

---

[180]) Auch wenn der Check **nur** mit den Worten not negotiable durchquert wird, denn dann gilt er als gleichfalls allgemein durchquert. s. 76 (1 b). Vgl. noch Birnbaum p. 26.

[181]) Vgl. Birnbaum p. 28 u. 29.

[182]) Koch, Abrechnungsstellen p. 25 Not. 40.

[183]) A. a. O. nach Not. 39, Checkges. p. 30.

[184]) Daniel p. 602 ff.: „bank is bound to know signature of the drawer (not bound to know other signatures)." Engl. Act. s. 24 u. 73. Barclay p. 204. Funk p. 25 u. Quest. p. 35. Auch in Italien trägt die Bank den Schaden, denn es gelten die Bestimmungen über Fälschung der Wechselunterschrift (324 u. 327, 328).

[185]) Funk p. 27 u. 28. Bez. Amerikas ist die Condiction streitig, doch bejaht von Parsons und Daniel p. 604, vgl. auch a. a. O. p. 606. Nouguier Nr. 108. Chastenet p. 138.

[185a]) Vgl. aber auch das Brüsseler Urth. v. 20. Januar 1881 im Journ. de dr. int. privé IX p. 558.

nicht dies, sondern nur die sorgfältige Aufbewahrung der Blanquette versprochen, so beschränkt sich die Haftung auf den Fall, dass durch ein Versehen in der Aufbewahrung die Möglichkeit des Missbrauchs entstanden ist. In jedem Falle hat die Haftung zur Voraussetzung, dass den Bezogenen nicht eine, wenn auch noch so geringe Schuld bei der Einlösung trifft, sei es bei Prüfung der Unterschrift, der Datirung oder der Numerirung der Checks, sei es durch Nichtberücksichtigung einer vom Aussteller eingegangenen Anzeige von dem Verluste der Formulare.[186])

Ist nicht die Unterschrift, sondern der Inhalt des Checks gefälscht, so trifft der Verlust im Zweifel nicht den Aussteller, er habe sich denn bei der Ausstellung eines die Fälschung ermöglichenden Versehens schuldig gemacht.[187]) Konkurriren Versehen bei der Ausstellung und Einlösung, so dürfte gegen die Partei, der das Uebergewicht des Versehens zur Last fällt, zu entscheiden sein.[187a])

---

[186]) Vgl. Funk, Rechtl. Natur, p. 25 ff., Questionnaire p. 35, Leonhardt p. 29, Reichsbankbestimmungen v. 1. Februar 1883 Z. 7. — Czelechowsky p. 249. Ueber die Nichtigkeit der Klausel, „qui exonère le banquier dépositaire de toute garantie en cas de perte ou de vol du titre" vgl. das Pariser Urth. v. 1. Juli 1870 bei Nouguier p. 235 Nr. 5.

[187]) Daniel p. 608 ff. Nach der engl. Akt. s. 79 trifft bei Fälschung im crossing der Verlust den Bankier, dagegen nicht, wenn er in good faith and without negligence gezahlt hat. Vgl. auch die Not. 186 Citirten.

[187a]) Vgl. aber auch das Not. 185a citirte Brüsseler Urtheil (Theilung des Schadens im Verhältniss des beiderseitigen Versehens).

Nachträge und Berichtigungen.

Zu § 445 Not. 88 ff. Ueber den Begriff der Zahlung à Conto vergl. noch Casaregis disc. 50 Nr. 4: „et hoc procedit licet aliquae solutiones factae fuissent ad computum, vulgo a conto, quia cum semper habeant tacitam conditionem futurae dispunctionis rationum, absolute non inducunt agnitionem debiti...“

Zu § 445 Not. 93. Ueber die Tragung der Gefahr der Geldsendungen durch die Post und die Beweislast betreffs des Geldinhalts vgl. Leo im N. Arch. f. H.R. II p. 58—79. — Ist eine Zahlung, die mittelst Postanweisung geschieht, schon mit der Zustellung oder erst mit der Einkassirung der Anweisung als erfolgt zu betrachten? Für die erstere Alternative das U. des Oestr. Ob.G.H. v. 24. Oktbr. 1884 (Wiener Jurist. Blätter XIII Nr. 48, Beilage).

Zu § 446 Not. 37. Vgl. auch Seuffert Arch. II, Nr. 16.

Zu § 447 Not. 1. Ueber das auch auf die Giroanweisungen (mandats de virement) bezügliche belgische Checkgesetz v. 20. Juni 1873 vgl. Franz Mittermaier in Zeitschr. f. H.R. XX p. 112 ff. — Zur Geschichte der Giroanweisung vgl. auch Chastenet, Etude sur les banques romaines et les chèques p. I ff., XXXIII ff. u. p. 46 (über Law's société de Banque générale, 1716).

Zu § 447 und § 448. Girozahlung u. Skontration sind Fälle der indirekten Zahlung; die Reihenfolge der Paragraphen ist eine irrige; §§ 447 u. 448 gehören zwischen § 453 und § 454.

Zu § 450 Not. 1 und § 451 Not. 1. Krainz's System des österr. allg. Privatrechts, herausgeg. v. Pfaff, Wien, 1885, I p. 118 ff. u. p. 376—397, konnte leider nicht mehr benutzt werden.

Sachregister zu Band I—III.

Die lateinischen Ziffern I, II, III bezeichnen den Band; die grösseren arabischen die Seite, die kleineren arabischen die Anmerkung oder die Stelle im Texte zu jener Anmerkung.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Endemann, Wilhelm 127616
Handbuch des
deutschen handels-
...rechts

LOCATION	BORROWER'S NAME	DATE